

PATRÍCIA ALEXANDRA SANTOS BERNARDES



**GRUPOS SOCIETÁRIOS:
CRITÉRIOS ATRIBUTIVOS DE RESPONSABILIDADE PENAL À
SOCIEDADE-DOMINANTE E/OU À SOCIEDADE-DOMINADA**

Dissertação de Mestrado em Ciências
Jurídico-Forenses apresentada à Faculdade
de Direito da Universidade de Lisboa, sob
a orientação da Professora Doutora Teresa
Quintela de Brito

FEVEREIRO DE 2017

AGRADECIMENTOS

Porque o Homem nunca o pode ser sozinho,
Agradeço,

À minha mãe, Cecília, ao meu pai, Filipe, e ao meu irmão, Nuno, porque sem eles a caminhada seria sempre impossível.

À Diana, à Joana, à Lydie, à Lara e à Inês, por toda a paciência, por todo o apoio e por toda a amizade.

À Professora Doutora Teresa Quintela de Brito, por toda a atenção e por todos os sábios ensinamentos que permitiram ser possível *“acrescentar mais uma pedra”*.

E, muito especialmente, ao João e à Bia, por tudo o que me deram e por nunca me fazerem esquecer que sempre existiu vida e o quanto ela foi importante.

“Quando chegarmos a esse rio, então falaremos dessa ponte.”

Júlio César, *Comentários sobre a Guerra das Gálias*

RESUMO

A globalização e a proliferação de multinacionais de grande influência, a que se assiste desde o século XIX, têm vindo progressivamente a dar lugar à necessidade da emergência de um direito dos grupos societários.

Perante esta realidade impõe-se que o direito penal português se adapte e adequue, uma vez que, o patamar já alcançado pelo direito penal, que incide somente sobre as pessoas coletivas e as entidades equiparadas, deverá agora ser expandido concomitantemente a um direito penal que abranja os grupos societários e todas as suas realidades adjacentes.

Quando, por força da existência de um grupo societário, uma sociedade consegue influenciar, dominar e determinar que outra pratique factos típicos e ilícitos em seu proveito económico, de modo a obviar à sua própria responsabilização criminal, fica a cargo do direito intervir em sentido contrário.

Na realidade factual, e sem prejuízo das mais modalidades previstas no nosso Código das Sociedades Comerciais, conseguimos descortinar que os grupos societários que mais florescem, reclamando assim uma maior intervenção por parte do direito penal, reconduzem-se às hipóteses de coligação societária sob a forma de relação de domínio e de grupo. E dentro destas há sempre uma figura principal, a sociedade-mãe, sendo esta quem impera sobre toda a estrutura e sobre as sociedades suas subordinadas.

Por conseguinte, perante a constatação de que existe verdadeiramente um grupo societário dominado por uma única entidade jurídica, e de que esta utiliza as restantes sociedades suas subordinadas para a prática de factos típicos e ilícitos, urge encontrar critérios efetivamente determinantes para que, em cada caso concreto, o julgador possa considerar aquela primeira como a instituição penalmente responsável pela imputação que ora se efetua à sociedade-dominada.

Através de uma observação dos critérios já existentes para efeitos de responsabilização, em sede de grupos societários, nos diversos ramos do direito, paralelamente com uma análise detalhada ao artigo 11.º do Código Penal, repensando-o para esta nova realidade, concluímos pela especificação de três critérios essenciais para que possamos considerar a sociedade-mãe como a entidade penalmente responsável pelos factos típicos e ilícitos cometidos por um agente singular em “*representação*” da sociedade-filha.

ABSTRACT

Globalization led to the creation of multinational companies with a massive influence around the globe, with a particular emphasis since XIX century, have been progressively giving rise to the need for the emergence of a right of corporate groups.

This reality challenges that the portuguese code of laws develop so that the penal law, which nowadays only accommodate single companies and equal law entities, now can expand its impact to corporate groups, facing this new reality of the economy.

When, within these new bodies of corporate groups, a company can exert influence or domination, leading another company into the practice of illegal actions that may constitute a commercial benefit and avoiding its own legal liabilities, it is imperative that the law has the means to intervene, correcting this situation.

The reality of these corporates shows that, independent of the different modes preconized in the portuguese *Código das Sociedades Comerciais*, there is amongst the corporates with the fastest growth rates, a relationship of dominant influence or control over some companies exerted by another. This is usually recognized as the holding company, exercising the real control over the actions of the other companies, known as their subordinate companies.

Therefore, if the reality demonstrates the existence of a corporate that is dominated by a single company well defined in the law, which is in fact using its subsidiary companies to practice illegal actions, it is urgent to find efficient criteria with the enough authority, so that the courts can state the culpability of the holding company for the action taken by its subsidiary companies.

Looking ate the existing criteria that can extend the accountability of a holding company within a corporate, in the different branches of the law, in parallel with a detailed analysis the article 11 of *Código Penal*, expanding its ruling to this new reality, we now conclude to the specification of three new criteria that may reflect into the holding company the accountability by the criminal actions practiced by a single agent in “*representation*” of the subsidiary companies.

PALAVRAS-CHAVE

Grupos societários;
Responsabilidade penal dos grupos societários;
Sociedade-mãe;
Sociedade-filha;
Relação de domínio ou de grupo.

KEYWORDS

Corporate group;
Criminal liability of corporate groups;
Holding company (or holding corporate);
Subsidiary company;
Group or control relationship.

ÍNDICE

Introdução	8
i. Da responsabilidade penal das pessoas jurídicas	8
ii. Dos grupos societários	11
A. Os grupos societários	15
i. O artigo 481.º do Código das Sociedades Comerciais: âmbito de aplicação	16
ii. Sociedades em relação de simples participação	19
iii. Sociedades em relação de participações recíprocas	20
iv. Sociedades em relação de domínio	20
v. Sociedades em relação de grupo	22
B. Atribuição de responsabilidade aos dirigentes de sociedades nos diversos ramos do direito	25
i. Da responsabilidade civil	25
ii. Da responsabilidade contraordenacional	28
C. Institutos gerais de proteção das sociedades integrantes de coligações	32
i. Da responsabilidade civil, em especial os artigos 501.º e 502.º do Código das Sociedades Comerciais	33
ii. Da responsabilidade em casos de insolvência	35
iii. Do abuso de direito	36
iv. Do levantamento do véu corporativo	37
a. A confusão ou promiscuidade entre as esferas jurídicas da sociedade e dos titulares do capital social	38
b. A subcapitalização da sociedade, por insuficiência de recursos patrimoniais necessários para concretizar o objeto e prosseguir a sua atividade social	39
c. As relações de domínio grupal, <i>i.e.</i> de coligação societária, essencialmente sob a forma de relação de domínio ou de grupo	40
D. Responsabilidade penal das pessoas coletivas	42
i. Da evolução histórica	42
a. No Mundo	42
b. Em Portugal	43
ii. Do artigo 11.º do Código Penal	47

a.	Âmbito de aplicação subjetivo	47
b.	Requisitos quanto ao agente: a pessoa singular	51
1.	A posição de liderança	54
2.	A violação dos deveres de vigilância ou de controlo.....	55
3.	Em nome e no interesse da entidade jurídica.....	56
c.	Âmbito de aplicação objetivo.....	57
d.	O princípio da responsabilidade cumulativa	60
iii.	Dos critérios atributivos de responsabilidade penal à sociedade-dominante e/ou à sociedade-dominada.....	62
a.	Elementos previamente necessários	62
1.	O império da estrutura	62
2.	A via útil	64
b.	Crítérios essenciais para efeitos de responsabilização penal da sociedade-dominante	67
1.	A consideração dos representantes legais da sociedade-filha/dominada, os seus dirigentes de direito, como líderes de facto da sociedade-mãe/dominante.....	67
2.	Através do mecanismo jurídico do levantamento parcial do véu corporativo da sociedade-filha/dominada.....	69
3.	Com a conseqüente constatação da violação da confiança no império.....	71
c.	Cometimento do facto típico e ilícito pela sociedade-mãe/dominante e pela sociedade-filha/dominada.....	73
E.	Análise de direito comparado	75
	Conclusão	77
	Bibliografia.....	80

INTRODUÇÃO

Na presente dissertação, a temática que nos propomos abordar e desenvolver versa, especialmente, sobre os critérios atributivos de responsabilidade penal à sociedade-dominante de um grupo societário e/ou à sociedade-dominada.

i. Da responsabilidade penal das pessoas jurídicas

Já em 1993, PAULO DE SOUSA MENDES frisava que, numa economia de mercado, o empresário precisa de correr riscos e, por isso, tem de ser afoito. Assim sendo, o sistema jurídico não deve colocar-lhe obstáculos inúteis¹.

A verdade é que, desde então, quer o mercado, quer o sistema jurídico têm prosseguido esforços para que o empresário possa proliferar nos seus negócios e ser audaz nos seus investimentos. Certo é que, com a retração de gestores e empresários, ficariam prejudicados não só os interesses privados como também o próprio interesse público no desenvolvimento económico².

Ao invés, a pretexto da dinamização da atividade económica, não pode instalar-se o reino do vale-tudo nos negócios, sob pena de se atingir o efeito contrário, ou seja, a debandada dos investimentos, por não haver segurança jurídica³. Pelo que, a fixação das regras, mormente jurídicas, é essencial ao exercício da atividade económica, qualquer que seja o sistema económico instalado ou propugnado⁴.

Por conseguinte, é bastante discutível que a chamada criminalidade de empresa possa ser combatida tão-só por via da responsabilização das pessoas singulares. *“Em jeito de negação da eficácia dessas únicas medidas, são avançados dois argumentos de peso: a) por um lado, a inviolabilidade quer do princípio da culpa quer do princípio do in dubio pro reo na punição do autor singular torna difícil, senão impossível, a ultrapassagem das dificuldades probatórias inerentes à própria estrutura da empresa; b) por outro lado, os modelos de explicação psicológica da criminalidade de grupo parecem sugerir também a necessidade de uma medida coletiva de sanção, dada a evidente fungibilidade*

¹ Mendes, Paulo de Sousa, *Responsabilidade Criminal das Sociedades Comerciais*, Boletim da Faculdade de Direito de Bissau, setembro, 1993, página 145.

² *Idem*.

³ Mendes, Paulo de Sousa, *Responsabilidade Criminal das Sociedades Comerciais*, cit., página 146.

⁴ *Idem*.

dos agentes físicos das infrações, facilmente substituíveis por outros na prática de idênticas infrações”⁵.

Deste modo, torna-se evidente que, a responsabilização das pessoas singulares pelas atuações lesivas ao nível societário não previne a continuação da prática criminosa da pessoa coletiva em causa, desde logo porque qualquer outro agente será designado para aquele cargo. Não significa isto que não se devem responsabilizar as pessoas singulares, contudo e concomitantemente devem também as pessoas jurídicas ser responsabilizadas a nível penal.

Nas palavras de TERESA QUINTELA DE BRITO, estamos perante uma responsabilidade criminal por duas ordens de razão fundamentais: (i) *“funda-se na imputação de um facto qualificado como crime (...) logo, essa imputação tem de seguir os critérios próprios da matriz de validade do direito criminal, embora adaptados à distinta natureza dos sujeitos penais coletivos”⁶*; e (ii) porque *“as sanções aplicáveis às entidades coletivas são essencialmente cunhadas pela ideia de censura ético-social de um facto passado, em ordem a assegurar a tutela efetiva do bem jurídico-penal violado”⁷.*

Atualmente, no nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é estabelecida por uma de duas vias: (i) um catálogo de crimes previstos e punidos pelo Código Penal - o chamado direito penal primário; e (ii) por factos previstos e punidos em legislação extravagante - o denominado direito penal secundário.

No que se refere às penas atribuíveis às pessoas jurídicas, se, por um lado, a pena de prisão é inaplicável às pessoas coletivas, por outro lado, a pena pecuniária é muitas das vezes ineficaz, tendo em conta que, na prática do ilícito culposos, o agente ressalva uma medida de risco em que inclui os custos eventuais da submissão a este tipo de sanções.

Deve aqui realçar-se a importância e premência do catálogo de sanções constantes da Recomendação (88) 18, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, de 20 de outubro de 1988, que previa como penas possíveis: admoestação; sanções pecuniárias; confisco de bens, quer usados para a prática do facto ilícito, quer resultantes de ganhos

⁵ Mendes, Paulo de Sousa, *Responsabilidade Criminal das Sociedades Comerciais*, cit., páginas 160 e 161.

⁶ Brito, Teresa Quintela de, *Responsabilidade Criminal de Entes Coletivos: algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 20, n.º 1, janeiro-março, 2010, página 42. E continua referindo que *“pertencentes a tal matriz de validade, e por isso irrenunciáveis, são os princípios da tipicidade, determinação e realidade-efetividade do facto punível, bem como o da responsabilidade penal pessoal pelo próprio facto”*.

⁷ Brito, Teresa Quintela de, *Responsabilidade Criminal de Entes Coletivos: algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal*, cit., página 23.

derivados da mesma; proibição de certas atividades, em particular as que relacionem a sociedade com entidades públicas (por exemplo, exclusão de participação em concursos públicos); proibição de publicidade a produtos ou serviços; privação de benefícios fiscais ou subsídios; anulação de licenças ou alvarás; destituição de gerentes, administradores ou diretores e sua designação judicial; o encerramento da empresa; e a publicação das sanções aplicadas ou a publicação das próprias infrações, dando início a todo um processo legislativo de evolução no seio dos Estados-membros da União Europeia.

Salienta-se ainda que, atualmente, e no nosso entender, não é suficiente a mera existência de um conjunto de meios materiais e/ou humanos para se estar perante uma pessoa jurídica suscetível de responsabilidade penal. *“É preciso que exista uma instituição, ou seja, uma realidade que constitui um centro social de imputação de interesses, distintos (a) dos interesses particulares das pessoas físicas através das quais a coletividade age, e (b) dos peculiares interesses dos sujeitos (individuais ou coletivos) que lhe providenciam o capital (v.g. sócios, acionistas ou empresários)”*⁸. Assim, a sociedade comercial terá de conter em si mesma um interesse social, distinto do interesse dos seus gerentes ou administradores, ou dos seus sócios ou acionistas, conforme se constitua sob a forma de sociedade comercial por quotas ou anónima, respetivamente.

Sem melhores palavras para descrever o nosso entendimento, *“existe um único direito penal, com uma matriz de validade constituída por um núcleo irreduzível de princípios (o da subsidiariedade, segurança, realidade-efetividade e determinação do facto punível e da culpa pelo facto). Princípios que apenas têm de ser (re)conformados - e não afastados - para fazer face aos problemas suscitados pela responsabilização de entes coletivos. Nesta tarefa de (re)conformação, o ponto de partida deve ser constituído pelos desenvolvimentos impostos ao direito penal pela legitimidade material e necessidade político-criminal de responsabilizar os dirigentes de organizações complexas. Também quanto a estes se tem de afirmar a existência de uma conduta (enquanto manifestação de sentido) e de uma execução típica independentemente do desempenho de qualquer atividade corpórea própria”*⁹.

⁸ Brito, Teresa Quintela de, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, dissertação de doutoramento em direito orientada pela Professora Doutora Maria Fernanda Palma, volume II, 2012, página 640. E continua referindo ainda que, *“segundo José de Oliveira Ascensão, o interesse social constitui o fundamento da sociedade, distinguindo-se do interesse dos sócios e constitui «o único critério possível para sustentar uma responsabilidade jurídica, e não meramente técnica, do gestor»”*.

⁹ Brito, Teresa Quintela de, *Responsabilidade Criminal de Entes Coletivos: algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal*, cit., páginas 70 e 71.

ii. Dos grupos societários

O tema referido no inciso i. *supra*, revela-se ainda mais complexo quando estamos perante um grupo societário e pretendemos descortinar a que entidade jurídica deverá ser imputado o facto típico e ilícito praticado por um ou mais agentes singulares.

O chamado grupo de sociedades é o instrumento jurídico típico de formas de concentração económica, uma *“unidade de ação económico-empresarial onde se combinam, simultaneamente, a manutenção da personalidade jurídica das empresas societárias componentes e a respetiva sujeição a um centro de decisão comum e a um interesse económico de conjunto”*¹⁰.

Anteriormente ao capitalismo industrial dos séculos XVIII e XIX, no universo económico permaneciam múltiplos agentes individuais, gozando de paridade e autonomia absolutas, atuando num mercado completamente límpido e livre, e quase sempre de forma independente e singular, consubstanciando-se na denominada *“empresa individual”*, tendo assim nascido o *“direito dos comerciantes individuais”*¹¹.

*“Com a passagem de uma economia de tipo artesanal e mercantil a uma economia assente na produção industrial em massa, operada na sequência da Primeira e da Segunda Revolução Industrial, o modelo económico atomístico-concorrencial das inúmeras pequenas empresas individuais (...) foi dando progressivamente lugar a um modelo caracterizado pela concentração”*¹². O protagonista passou assim a consistir na sociedade comercial - a pessoa jurídica - tendo, por sua vez, nascido o *“direito das sociedades comerciais”*¹³.

Todavia, apenas em meados do século XIX se deu efetivamente o abandono da *empresa individual* e o reconhecimento da liberdade de constituição das sociedades comerciais por ações: *“cerca de 1867 em França, quase imediatamente secundado por vários outros países, entre os quais Portugal (1867), Espanha (1869), Alemanha (1870)*

¹⁰ Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades, estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª edição revista e atualizada, Almedina, maio, 2002, página 50.

¹¹ Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades, estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, cit., página 32.

¹² Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades, estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, cit., página 34.

¹³ Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades, estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, cit., página 37.

e Itália (1882), para então se tornar definitivamente, numa frase de Georges Ripert que haveria de ficar célebre, nesse “maravilhoso instrumento de capitalismo moderno”¹⁴.

Com o advento do século XXI e a chamada terceira revolução industrial - a globalização da economia - complexificou-se o direito societário e a sua ordem de razão. A crescente internacionalização dos mercados, com a diversificação da procura e da oferta, a quebra de fronteiras entre países, com a progressiva harmonização de legislação europeia e o surgimento do intitulado mercado mundial levaram à criação do direito dos grupos societários.

Isto porque “a empresa respondia aos seus imperativos de crescimento através de uma expansão interna, isto é, por meio do aumento da sua dimensão absoluta, obtido através do recurso da empresa societária às suas próprias capacidades financeiras”¹⁵, de entre outras, aumentos de capital social, realização de suprimentos, prestações acessórias e suplementares ou emissão de empréstimos obrigacionistas. Contudo, a sociedade comercial não consegue, só por si, e interminavelmente, garantir os meios financeiros suficientes para acompanhar o mercado mundial, o que, a par de uma dimensão elevada que a longo prazo se torna insustentável em termos organizacionais e de logística, resultam numa gestão ineficiente do seu todo.

Surgem assim centros autónomos de poder económico. “A tradicional e monolítica empresa societária dos primórdios do capitalismo industrial começou progressivamente a dar lugar a uma nova e revolucionária forma organizativa, a empresa plurissocietária: por outras palavras, a tradicional sociedade comercial individual foi dando progressivamente lugar a grupos de sociedades”¹⁶.

Neste seguimento e nos tempos que correm, “o direito português dos grupos de sociedades é fundamentalmente um direito de proteção das sociedades dominadas, situadas num escalão inferior de hierarquia do grupo; naturalmente que isso não invalida que o sistema se preocupe igualmente com a tutela dos interesses da sociedade de topo e dos seus acionistas, não ignorando os riscos que também nesse plano surgem

¹⁴ Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades, estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, cit., página 38.

¹⁵ Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades, estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, cit., página 39.

¹⁶ Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades, estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, cit., página 42.

em virtude da constituição ou integração no grupo (máxime, precisamente os “riscos de responsabilidade”)”¹⁷.

Por conseguinte, o nosso ordenamento jurídico referente aos grupos societários é denominado como um *“direito de tutela ao nível da sociedade-filha”*, a qual ocupa naquele um lugar central¹⁸.

Em termos terminológicos, primeiramente, torna-se assim essencial a delimitação entre grupos societários em sentido amplo e em sentido restrito. Em sentido amplo, *“utiliza-se a expressão “grupos de sociedades” para designar a generalidade das sociedades coligadas enunciadas no artigo 482.º”*¹⁹. Ao invés, em sentido restrito, *“o grupo caracteriza-se pela direção económica unitária de duas ou mais sociedades, que conservam a sua personalidade jurídica autónoma, bem como, formalmente, a respetiva estrutura e organização”*²⁰.

Nas palavras de ENGRÁCIA ANTUNES, *“lato sensu (...) visa designar todo um setor da realidade que possui no fenómeno do controlo intersocietário o seu centro de gravidade, “stricto sensu” não designa senão o termo perficiente desse mesmo fenómeno, onde o controlo intersocietário é levado até às suas últimas consequências, através da subordinação das sociedades controladas ou dominadas a uma unidade de estratégia e de direção económicas, definida pela sociedade controlante ou dominante”*²¹.

Por outro lado, é também importante a distinção entre grupos de direito e grupos de facto. Segundo ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *“fala-se em “grupos de direito” para referir os grupos em que a direção económica unitária resulta de um instrumento expressamente previsto na lei: no caso do CSC, os grupos de direito podem resultar de contrato de grupo paritário, de contrato de subordinação ou da detenção de participação totalitária no capital de outra sociedade (cf. 488.º ss.). Existe, em contrapartida, um “grupo de facto” quando a direção unitária assenta em instrumento não tipificado na lei: no CSC, sempre que uma sociedade dispõe de influência dominante sobre outra,*

¹⁷ Oliveira, Ana Perestrelo de, *Questões avulsas em torno dos artigos 501.º e 502.º do Código das Sociedades Comerciais*, Revista de Direito das Sociedades, ano IV, 2012, Almedina, página 887.

¹⁸ Oliveira, Ana Perestrelo de, *Questões avulsas em torno dos artigos 501.º e 502.º do Código das Sociedades Comerciais*, cit., página 887, mencionando a chamada *“perspetiva dos grupos a partir de baixo (von unten)”*.

¹⁹ Oliveira, Ana Perestrelo de, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, coordenação de António Menezes Cordeiro, 2.ª edição, Almedina, 2012, anotação ao artigo 482.º, página 1215.

²⁰ *Idem*.

²¹ Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades, estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, cit., página 53.

*verifica-se uma relação de domínio (486.º); ora, se a sociedade dominante exercer uma direção económica unitária das sociedades envolvidas, existirá um grupo de facto”*²².

Por último, secundariamente, importa ainda ressaltar a distinção entre grupos de subordinação e grupos de coordenação. Nos primeiros, as sociedades integrantes do grupo encontram-se numa relação hierárquica de dependência, sendo a direção societária unificada acompanhada de dependência, verificando-se este caso nos grupos de sociedades assentes em contrato de subordinação e em domínio total. Nos segundos, as sociedades membros dos grupos encontram-se colocadas horizontalmente, sendo a direção societária unificada exercida em comum, inexistindo a relação de dependência, presente nos casos de grupos decorrentes de contrato de grupo paritário.

Em jeito de síntese, “o fenómeno da empresa é multifórmico e evolutivo, tendo o direito de se mostrar capaz de acompanhar com as suas superestruturas sempre novas facetas”²³, pelo que nos propomos a tentar desvendar, pela presente dissertação, mais uma dessas facetas.

²² Oliveira, Ana Perestrelo de, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, cit., anotação ao artigo 482.º, página 1215.

²³ Ascensão, José de Oliveira, *Direito Comercial, Sociedades Comerciais, Parte Geral*, volume IV, Dislivro, 2000, página 580.

A. OS GRUPOS SOCIETÁRIOS

“Não temos dúvidas em afirmar, (...) que o trinómio económico “empresa individual” - “empresa societária” - “empresa plurissocietária” acabará por encontrar, mais tarde ou mais cedo, a sua cara-metade numa correspondente trinomia jurídica “direito dos comerciantes” - “direito das sociedades comerciais” - “direito dos grupos de sociedades”²⁴.

Os grupos societários desempenham, nos tempos que correm, um papel primordial no quadro jurídico e societário de concentração de empresas. Nas palavras de ENGRÁCIA ANTUNES, *“o grupo de sociedades constitui um daqueles fenómenos da modernidade onde se cruzam passado e futuro da regulação jurídica de um ator económico, social e político de primeira grandeza: a Empresa”²⁵.*

E continua ainda, referindo que os elementos básicos e definidores do conceito de grupos societários são essencialmente dois: a *“independência jurídica”* e a *“unidade de direção económica”²⁶*. O primeiro porque, apesar da sua integração numa unidade económica e a sua subordinação a interesses externos, as sociedades agrupadas mantêm sempre a sua personalidade jurídica própria e distinta; e o segundo porquanto, de um ponto de vista material, a sociedade agrupada encontra-se sempre dependente da estratégia e interesse económico definido pela sociedade-mãe, a líder do grupo societário.

Assim, a *“tal direção económica unitária reflete-se na existência de uma estratégia ou política económica geral do grupo (“group planning process”, “konzernpolitik”), a qual, definida pelo núcleo dirigente do grupo (situado via de regra junto da sociedade-mãe: “group top-management”), incidindo potencialmente sobre os diversos aspetos setoriais do respetivo funcionamento (política comercial, laboral, de produção e vendas, de pessoal, de marca, de investimentos, etc.) e assumindo diferentes graus de integração (que vão da total centralização até formas atenuadas de controlo descentralizado), coordena e superintende as atividades económicas particulares das várias sociedades agrupadas”²⁷*. Será, como adiante melhor se compreenderá, por força da existência destes

²⁴ Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades, estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, cit., página 50.

²⁵ Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades, estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, cit., página 31.

²⁶ Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades, estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, cit., página 54.

²⁷ Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades, estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, cit., página 55.

diferentes graus de integração jurídico-societária que se justifica a presença de diversas modalidades de sociedades coligadas no nosso ordenamento jurídico.

Previstas no título vi do Código das Sociedades Comerciais, denominado de sociedades coligadas, introduzidas *ex novo* pelo *supra* mencionado código de 1986, os artigos 481.º a 508.º-F dispõem sobre as possíveis relações de (e entre) sociedades existentes no nosso ordenamento jurídico.

O presente título encontra-se dividido em quatro capítulos, dizendo estes respeito a: (i) disposições gerais; (ii) sociedades em relação de simples participação, de participações recíprocas e de domínio; (iii) sociedades em relação de grupo; e, por fim, (iv) apreciação anual da situação de sociedades obrigadas à consolidação de contas.

Este título, “*que regula ex novo, de forma sistemática, a matéria das coligações societárias (sem prejuízo de anteriores referências esparsas a aspetos meramente parcelares do fenómeno) - apresenta clara influência da lei alemã (...), em cuja receção desempenhou papel importante o projeto da Nona Directriz das Sociedades Comerciais, sobre grupos de sociedades, que nunca chegaria a ser aprovada*”²⁸.

Salienta-se ainda que o nosso Código das Sociedades Comerciais recolheu também elementos da lei brasileira das sociedades anónimas, de 1976, e da proposta de lei *Coüsté* francesa, de 1978.

i. O artigo 481.º do Código das Sociedades Comerciais: âmbito de aplicação

O artigo 481.º do Código das Sociedades Comerciais define o âmbito de aplicação subjetivo e espacial deste título, antecedendo a especificação de cada modalidade de sociedades coligadas.

No seu comentário, refere ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA que o *supra* mencionado artigo define o âmbito aplicativo, pessoal e espacial do presente título “*em termos que permitem, todavia, duvidar da coerência normativa e da constitucionalidade da solução adotada*”²⁹.

Isto porque o seu número 1 limita a aplicação destas regras aos sujeitos que revistam determinada forma jurídica, neste caso em específico: sociedades por quotas, sociedades anónimas e sociedades em comandita por ações, contrariando a regra geral da

²⁸ Oliveira, Ana Perestrelo de, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, cit., anotação ao artigo 481.º, página 1210.

²⁹ *Idem*.

neutralidade ou da independência da forma, que, no seu entender, melhor tutelaria os interesses aqui envolvidos. Além disso, o seu número 2 exige que as diversas sociedades envolvidas na coligação societária tenham a sua sede em Portugal, salvo quanto às exceções legalmente previstas nas alíneas a) a d) desse mesmo número.

Por seu turno, RUI PEREIRA DIAS entende que existe *“um défice de fundamentação na definição do critério de aplicação do título VI do CSC, desde logo nesta sua delimitação racione personae, o que, aliado à desejável segurança jurídica, leva (...) a adiantar que é plenamente justificável a colocação de fortes reticências a uma aplicação do regime que extravase os estritos termos em que ela foi delineada”*³⁰. Tudo porque, a exclusão das sociedades em nome coletivo e em comandita simples, baseada apenas na mera suposição de que estes tipos societários *“já não se posicionam na vida económica”*³¹, conjuntamente com a não-limitação da responsabilidade dos sócios, não compensada com quaisquer vantagens de ordem fiscal, não parecem fazer concluir imediata e isoladamente pela sua exclusão do preceituado legal.

No que se refere ao âmbito de aplicação espacial, entende o ilustre professor que, *“a uma regra material espacialmente condicionada no proémio do art. 481.º, 2, que restringe o campo de aplicação do regime das sociedades coligadas, seguem-se quatro preceitos a que chamamos regras de direito internacional privado material, isto é, normas especiais criadas para casos em que as situações a reger apresentam determinados elementos de estraneidade em relação à ordem jurídica portuguesa”*³².

Em nosso parecer, no que concerne ao âmbito de aplicação subjetivo, entendemos que as relações societárias onde intervenham sociedades em nome coletivo e sociedades em comandita simples se encontram numa situação de lacuna legal. Não estamos, nestes casos, perante situações de menor necessidade de regulação legislativa, uma vez que os riscos associados à existência de uma relação de grupo societário se mantêm, sendo deste modo independentes da forma jurídica das sociedades comerciais envolvidas.

Assim, entendemos que este regime (e o que o mesmo visa tutelar) deverá aplicar-se quando exista uma relação societária de grupo, independentemente dos tipos legais adotados para as sociedades que o compõem.

³⁰ Dias, Rui Pereira, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, coordenação de Jorge M. Coutinho de Abreu, volume VII (artigos 481.º a 545.º), Almedina, setembro, 2014, anotação ao artigo 481.º, páginas 22 e 23.

³¹ *Idem*, citando Cassiano dos Santos.

³² *Idem*.

Paralelamente, outros autores entendem que esta lacuna deverá ser preenchida através do desenvolvimento dos deveres que vinculam os sócios ou acionistas perante as sociedades comerciais, recorrendo, na maior parte das vezes, ao disposto nos artigos 83.º e 84.º do Código das Sociedades Comerciais³³.

Em termos de direito comparado, a solução generalizada que tem vindo a ser adotada, passa essencialmente por conferir proteção à sociedade participada, independentemente da forma jurídica legal adotada e da sociedade controladora consistir, ou não, num ente societário ou até numa pessoa singular³⁴.

Por outro lado, e no que diz respeito ao âmbito de aplicação espacial, entendemos que a solução adotada pelo legislador se revela insuficiente. Deste modo, ao excluir deste capítulo de regulamentação as sociedades comerciais que, mesmo sem terem sede efetiva ou estatutária no nosso país, exercem efetivamente cá as suas atividades comerciais, estamos, no que toca a esta matéria, a atribuir-lhes um regime mais favorável face às nossas próprias sociedades coligadas, desprotegendo-se assim as filiais portuguesas.

Melhor solução passa por considerar como partes integrantes da relação societária de coligação, todas as sociedades nacionais e internacionais que nela já se incluem independentemente da sua nacionalidade, desde que exerçam efetivamente e em território nacional o seu objeto social e, conseqüentemente, no que se refere à atividade social prosseguida em Portugal, aplicar-lhe as regras nacionais aqui previstas. Só deste modo se cumpre o princípio europeu da não-discriminação em função da nacionalidade.

Ademais, como forma de colmatar esta lacuna, e em nosso entender, o conceito de sede social aqui conjecturado só pode corresponder ao da sua sede efetiva e real, conforme o artigo 3.º do Código das Sociedades Comerciais, independentemente da sua previsão, ou não, como sede estatutária³⁵. A sede efetiva e real é o local onde a gerência ou a administração tomam as suas decisões correntes do dia-a-dia e da convivência societária do grupo, não se confundindo com o local onde os membros dos órgãos sociais tomam as deliberações finais e decisórias da prossecução da atividade da sociedade (pois aqui já será de atender à sede social registada comercialmente).

³³ Oliveira, Ana Perestrelo de, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, cit., anotação ao artigo 481.º, página 1211.

³⁴ Veja-se o exemplo da *Unternehmen*, pessoa coletiva alemã, ou da *Holding* italiana.

³⁵ E ainda independentemente da sede social que se encontra registada na certidão permanente de registo comercial da sociedade.

Segundo o artigo 482.º do Código das Sociedades Comerciais consideram-se como sociedades coligadas: (i) as sociedades em relação de simples participação; (ii) as sociedades em relação de participações recíprocas; (iii) as sociedades em relação de domínio; e, por último, (iv) as sociedades em relação de grupo, importando explicitar *infra* as linhas gerais em que cada uma destas modalidades consiste.

Em termos de direito comparado, o nosso Código das Sociedades Comerciais concebeu um modelo original de regulamentação da matéria referente aos grupos societários, sem conexão com outro ordenamento jurídico, embora apresente algumas afinidades com os modelos alemão, brasileiro e francês. “A *regulamentação levada a cabo pela lei alemã assenta na separação primária entre grupos contratuais (Vertragskonzerne) e grupos de facto (Faktischer Konzern): os primeiros são aqueles cuja constituição resulta de instrumento especificamente previsto na lei (em especial, contrato de subordinação), enquanto os segundos ocorrem sempre que a direção unitária resulta de instrumento não legalmente tipificado. (...) A mesma separação entre grupos de direito e grupos de facto ocorre na lei brasileira e no projeto de lei francês: também nestes se legitima a subordinação dos interesses da sociedade filial aos interesses da sociedade-mãe no caso de ser celebrada “convenção de grupo” ou “contrat d’affiliation”*”³⁶.

ii. Sociedades em relação de simples participação

Esta modalidade de coligação societária vem prevista nos artigos 483.º e 484.º do Código das Sociedades Comerciais.

A relação de simples participação constitui-se como a modalidade elementar de coligação societária estipulada no nosso ordenamento jurídico, existindo quando se verifique uma titularidade de participação social de montante igual ou superior a 10% (dez por cento) até 50% (cinquenta por cento).

Para este tipo de coligação persistem, essencialmente, deveres de comunicação aquando da aquisição de participações sociais, sendo certo que o legislador teve sempre subjacente a intenção (mesmo que futura) da sociedade-participante vir a adquirir a totalidade da sociedade-participada.

³⁶ Oliveira, Ana Perestrelo de, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, cit., anotação ao artigo 482.º, página 1214.

iii. Sociedades em relação de participações recíprocas

Considera-se que duas sociedades se encontram em relação de participações recíprocas, quando ambas detenham em pelo menos 10% (dez por cento) participações sociais uma da outra, conforme o previsto no artigo 485.º do Código das Sociedades Comerciais.

Esta previsão legal tem essencialmente em vista a conservação do capital social de cada sociedade envolvida, daí a manutenção, também aqui neste tipo de coligação, da obrigação de comunicação.

Salienta-se que, quer neste tipo de coligação societária, quer no da simples participação, podemos estar perante situações bastante dissemelhantes, que vão desde a titularidade de participações referentes a 10% (dez por cento) do capital social até aos 50% (cinquenta por cento), o que nos leva a questionar sobre a equidade deste regime.

Se é certo que uma sociedade comercial que detenha 10% (dez por cento) do capital social de outra, por força da compra e venda de ações ou da cessão de quotas ao seu anterior titular, em decorrência de um ato *inter partes* alheio à sociedade, apenas tenha como especial obrigação o dever de comunicar esse acontecimento à sociedade-participada, já não se afigura tão linear que a sociedade-participante em 50% (cinquenta por cento), com os direitos de voto de igual percentagem que lhe são inerentes, apenas tenha somente esse especial dever.

iv. Sociedades em relação de domínio

Neste tipo de coligação existe já uma relação societária de maior intensidade, podendo persistir quando a titularidade das participações sociais permaneça entre os 51% (cinquenta e um por cento) e os 89% (oitenta e nove por cento).

O número 2 do artigo 486.º do Código das Sociedades Comerciais refere as situações onde, presumivelmente, existe uma relação de domínio, o que, na generalidade dos casos se verifica até cumulativamente, ou seja, quem detém a maioria do capital social de uma sociedade, dispõe de igual percentagem de votos e pode igualmente, e em proporção, designar os membros dos órgãos sociais.

Todavia, tal situação poderá não acontecer quando, por exemplo, (i) alguém detiver mais de 50% (cinquenta por cento) de ações do capital social de uma sociedade comercial anónima, mas em ações ordinárias (com voto) e preferenciais (sem voto), o que poderá não perfazer a maioria necessária quanto aos direitos de voto, ou (ii) ainda quando alguém não detenha mais de 50% (cinquenta por cento) do capital social de uma sociedade, mas por via de um acordo parassocial possa nomear os membros do órgão de administração daquela³⁷.

A questão central neste tipo de coligação verifica-se no conceito de “*influência dominante*”. Como refere ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “*a influência dominante exprime, nuclearmente, a suscetibilidade ou potencialidade de uma sociedade (dita dominante) impor, com intensidade variável, decisões ou comportamentos a outra sociedade (dominada); traduz um poder direcional sobre a sociedade dominada - que releva independentemente do respetivo exercício efetivo -, a identificar casuisticamente, com recurso a um critério material, mas com o concomitante auxílio de padrões formais*”³⁸.

Assim, a influência dominante traduz a “*suscetibilidade de exercício de uma direção unitária das sociedades controladas que, obtendo eficiência operativa, tenderá a originar um grupo de facto*”³⁹, o que adiante tenderemos a chamar de *império da estrutura*.

E é chegados aqui, à existência de um verdadeiro grupo de facto, e não apenas de uma mera faculdade potencial da existência dessa influência dominante - o que se verifica por exemplo (i) quando se dá a gestão da sociedade-dominada pela sociedade-dominante, ou (ii) a própria substituição nessa gestão por via de usurpação de funções - que surgem os problemas de regulação legislativa.

Como se pode verificar pela análise do Código das Sociedades Comerciais, estando perante os chamados grupos de direito, isto é, a forma de coligação societária denominada de relação de grupo e prevista na lei, aplicar-se-ão as regras constantes dos artigos 488.º e seguintes, ao passo que, quando estamos diante dos intitulados grupos de facto, os preceitos normativos aplicáveis se circunscrevem apenas aos artigos 486.º e 487.º.

³⁷ Guiné, Orlando Vogler, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, coordenação de Jorge M. Coutinho de Abreu, volume VII (artigos 481.º a 545.º), Almedina, setembro, 2014, anotação ao artigo 482.º, página 48.

³⁸ Oliveira, Ana Perestrelo de, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, cit., anotação ao artigo 486.º, página 1231.

³⁹ *Idem*.

Assim, é clara a falta de regulamentação legislativa extensível a estes casos, o que nos leva a concluir pela aplicação, de igual modo, das regras previstas para os grupos de direito a estes grupos de facto, ou seja, o preceituado nos artigos 488.º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais, uma vez que estes últimos tendem a proliferar na nossa atividade societária atual e que as questões práticas que se lhes colocam são idênticas às dos grupos de direito, pois de outro modo os mecanismos legais de tutela não poderão atuar de forma eficaz e equitativa.

v. Sociedades em relação de grupo

Presentes no capítulo iii, correspondente aos artigos 488.º a 508.º do Código das Sociedades Comerciais, as sociedades coligadas em relação de grupo - os chamados grupos de direito, desde logo porque previstos na lei - podem consubstanciar-se em três modalidades: (i) participação totalitária no capital social de uma sociedade, correspondendo a uma relação de grupo de domínio total; (ii) através da celebração de um contrato de grupo paritário; e, por último, (iii) por via da celebração de um contrato de subordinação.

Estas situações verificam-se quando existe uma titularidade de participações de 90% (noventa por cento) a 100% (cem por cento) do capital social de uma sociedade, apresentando-se como a forma de coligação societária mais relevante e intensa.

No que se refere à primeira situação prevista - os grupos constituídos por domínio total inicial (no momento da sua constituição) ou superveniente (por intermédio dos instrumentos jurídicos de compra e venda de ações ou de cessão de quotas⁴⁰) regulados pelos artigos 488.º a 491.º do Código das Sociedades Comerciais - *“a relação entre as sociedades será equiparável a uma relação de parentesco (daí não ser anódina a expressão “sociedade-mãe” e “sociedade-filha”). Uma sociedade nasce da outra (ou, no caso de uma subsidiária integral, seria como uma “adoção plena”) - há como que um laço de sangue, uma ideia de “eterno enquanto dure”*⁴¹. Existe aqui a chamada influência dominante e decisiva, como se se tratasse de uma única entidade económica apenas.

⁴⁰ Os vulgarmente designados por *“special purchase agreement”*.

⁴¹ Andrade, Ana Rita Martin Becerra Gomes de, *Responsabilidade da Sociedade-Mãe pelas Dívidas da Sociedade-Filha, Estudo crítico do Artigo 501.º do CSC quando aplicável às sociedades em relação de domínio total*, Relatório do Curso de Mestrado da disciplina de Grupos de Sociedades, orientada pelos Professores Doutores António Menezes Cordeiro e Manuel Carneiro da Frada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 15 de setembro de 2006, página 5 e seguintes.

Quanto à segunda modalidade prevista, o contrato de grupo paritário, previsto no artigo 492.º do Código das Sociedades Comerciais, não conhece relevância prática no nosso ordenamento jurídico.

Neste caso, não existe um verdadeiro regime jurídico previsto, apenas é regulado o próprio contrato em si mesmo, através do qual duas ou mais sociedades aceitam submeter-se a uma direção unitária e comum.

Por fim, por via do contrato de subordinação, mecanismo legal regulado pelos artigos 493.º a 508.º do Código das Sociedades Comerciais, unem-se duas sociedades distintas e autónomas. Esta situação é assim “*equiparável a um “namoro” - duas sociedades que se conhecem e decidem unir-se*”⁴², subjugando a gestão da sociedade-subordinada à direção de outra sociedade, por esta senda intitulada de dominante.

Nestes casos, “*encontra-se legitimado o exercício de um poder de direção da sociedade-mãe sobre a sociedade-filha, traduzido no poder de lhe dirigir instruções, inclusive de caráter desvantajoso (503.º)*”⁴³. Tal como decorre do artigo 503.º do Código das Sociedades Comerciais, aplicável diretamente aos grupos constituídos por contrato de subordinação e analogicamente aos grupos constituídos por domínio total, *ex vi* artigo 491.º desse Código, “*a partir da publicação do contrato de subordinação, a sociedade diretora tem o direito de dar à administração da sociedade subordinada instruções vinculantes*”, o que não se constitui como um dever. Estas instruções podem até ser desvantajosas para a sociedade-subordinada/dominada se servirem os interesses da sociedade-diretora/dominante ou das outras sociedades do grupo⁴⁴. Salienta-se ainda que o próprio texto legal ressalva que estas instruções têm de ser consideradas como lícitas para poderem ser vinculantes.

Este regime legal prevê ainda, e em consequência, “*a responsabilidade da sociedade-mãe pelas dívidas das filiais (501.º), bem como a obrigação de compensar as*

⁴² *Idem.*

⁴³ Oliveira, Ana Perestrelo de, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, cit., anotação ao artigo 482.º, página 1216.

⁴⁴ “*As instruções são desvantajosas quando elas não teriam sido seguidas por um gestor criterioso e ordenado, no âmbito de uma sociedade independente. (...) Devem visar o benefício da sociedade dominante ou do grupo, além de serem objetivamente relevantes. Doutro modo não se pode dar uma instrumentalização relevante de uma sociedade pela outra.*”, Orlando Dinis Vogler Guiné, *A responsabilização solidária nas relações de domínio qualificado - uma primeira noção sobre o seu critério e limites*, janeiro, 2006, disponível em www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=47773&ida=47778

*respetivas perdas (502.º), protegendo-se, assim, direta ou indiretamente, a própria sociedade subordinada, os seus credores e sócios livres (494.º/2) ”*⁴⁵.

Em suma, cabe-nos referir que, na busca pelos critérios de responsabilização penal em sede de grupos societários, é de atender, em especial e quase unicamente, às sociedades coligadas apresentadas como estando em relação de domínio - os chamados grupos de facto - e em relação de grupo, incluindo este último, sobretudo, os grupos de sociedades constituídos por domínio total (inicial ou superveniente) e por contrato de subordinação - os denominados grupos de direito.

Isto porque, tendo em conta a exposição efetuada *supra*, nas restantes modalidades de coligação societária não se verifica o pressuposto essencial para a atribuição de um critério de responsabilidade penal à sociedade-mãe/dominante ou à sociedade-filha/dominada, e em especial a chamada influência dominante ou decisiva e determinante, entidade económica una, atividade de direção unitária ou domínio da organização, nas diversas aceções adotadas pela doutrina, que será melhor desenvolvido *infra*, e que tenderemos a designar como o *império da estrutura*.

⁴⁵ *Idem.*

B. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE AOS DIRIGENTES DE SOCIEDADES NOS DIVERSOS RAMOS DO DIREITO

A par da responsabilidade penal que será abordada mais à frente na presente dissertação, existem duas vias de responsabilização dos representantes legais das sociedades comerciais, essenciais para o funcionamento da vida societária: a civil e a contraordenacional, que *infra* melhor se apresentam.

i. Da responsabilidade civil

Ao nível da responsabilização civil dos gerentes das sociedades comerciais por quotas ou dos administradores das sociedades comerciais anónimas de direito português, importa atender primeiramente ao disposto no artigo 504.º do Código das Sociedades Comerciais.

“Este preceito tem como fonte principal a lei alemã das sociedades anónimas de 1965, que inspirou também o projeto da Nona Diretriz das Sociedades Comerciais, sobre grupos de sociedades, de 1984 (...). De facto, o 504.º é decalcado do § 309 do AktG (...) [que] prevê a responsabilidade solidária dos administradores da sociedade diretora pelos danos causados pela emissão de instruções sem observância da diligência de um ordenado homem de negócios, permitindo que a ação seja exercida ut singuli por qualquer acionista e, em certos casos, pelos credores”⁴⁶.

Relativamente ao âmbito de aplicação subjetivo desta norma, é a mesma aplicável quando estamos perante uma situação de coligação societária, mormente uma relação de grupo (de direito) em função da celebração de um contrato de subordinação ou de domínio total (inicial ou superveniente), neste último caso aplicável *ex vi* artigo 491.º do Código das Sociedades Comerciais, e ainda perante sociedades em relação de domínio (os grupos de facto), conforme *supra* melhor desenvolvido no capítulo anterior.

Como refere ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “o 504.º regula os deveres e responsabilidades dos administradores no grupo, estabelecendo a sua correta imputação conforme o princípio da correlação poder-responsabilidade: a deslocação, total ou parcial, do poder de direção da sociedade subordinada para a sociedade diretora - em

⁴⁶ Oliveira, Ana Perestrelo de, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, cit., anotação ao artigo 504.º, página 1308.

virtude do poder de instrução consagrado no 503.º - implica um acréscimo dos deveres e da responsabilidade do órgão de administração da sociedade-mãe (504.º/1 e 2) e a simultânea diminuição dos deveres e da responsabilidade do órgão de administração da sociedade-filha (504.º/3) ”⁴⁷.

No que se refere aos deveres dos administradores ou gerentes da sociedade-diretora, o seu dever fundamental passa pela criteriosa administração do grupo. *“Importante manifestação deste dever é a obrigação que recai sobre o administrador do grupo, na relação com a sociedade-mãe, de desenvolver um conjunto de tarefas tendentes a promover a “integração” ou unificação económica das sociedades envolvidas ”⁴⁸.*

O número 1 do artigo 504.º do Código das Sociedades Comerciais remete (ainda que não diretamente) para o artigo 64.º do mesmo código, o qual exige que os gerentes ou administradores da sociedade-mãe adotem deveres de cuidado e de lealdade, empregando a diligência de um gestor criterioso e ordenado, isto é, deveres de boa gestão ao nível de todo o grupo societário. Certo é que a aplicação desse dever sempre dependerá da estrutura, do modo de integração e de funcionamento *in casu* de cada grupo societário.

Contudo, o administrador ou o gerente da sociedade-mãe, a par dos específicos deveres de cuidado, lealdade e informação para com a sociedade que administra ou gere, tem sempre de agir em prol do grupo societário e no interesse deste. Acompanhamos ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, entendendo que estamos perante *“não apenas uma bitola de culpa, mas também (...) a imposição de deveres de conduta concretos (v.g., deveres de lealdade), suscetíveis de serem violados por si e de constituírem fonte autónoma de ilicitude ”⁴⁹.*

Na esteira de ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, entendemos ainda que *“a responsabilidade dos administradores da sociedade diretora perante esta sociedade (por danos sofridos na respetiva esfera jurídica, através do exercício do poder de direção do grupo: cf. 503.º) tem natureza obrigacional ”⁵⁰.* É uma violação resultante da obrigação de deveres específicos, legais (previstos no Código das Sociedades Comerciais e no

⁴⁷ Oliveira, Ana Perestrelo de, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, cit., página 1309.

⁴⁸ *Idem*, referindo ainda que *“como núcleo (concretamente variável na sua intensidade e configuração) aponta-se: o alinhamento estratégico do grupo (v.g., definição de campos de negócio estratégicos, objetivos financeiros, etc.), o estabelecimento de uma estrutura de grupo expedita e adequada à realidade e fins concretos visados, a direção financeira e a supervisão geral do grupo. A coordenação da área financeira ao nível do grupo tem sido considerada suficiente para a existência de direção unitária.”*

⁴⁹ Oliveira, Ana Perestrelo de, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, cit., página 1310. Outros autores entendem estarmos apenas perante uma presunção de culpa, e já não de ilicitude.

⁵⁰ Oliveira, Ana Perestrelo de, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, cit., página 1311.

Código Civil) e estatutários (previstos nos estatutos sociais e, quando existam, em acordos parassociais). Do mesmo modo perante a sociedade-subordinada, uma vez que os membros dos órgãos de administração da sociedade-mãe, embora não tendo com aquela um vínculo contratual, têm de observar deveres específicos relativos a todo o grupo⁵¹.

Em termos de legitimidade ativa, a ação deve ser interposta por um qualquer seu sócio ou acionista livre⁵², em nome da sociedade-subordinada, ou pela própria sociedade, nos termos do número 2 *in fine* do artigo 504.º e do número 1 do artigo 75.º do Código das Sociedades Comerciais, respetivamente.

No que se refere à legitimidade passiva, a mesma deve ser proposta contra os gerentes ou administradores da sociedade-mãe.

Por outro lado, os membros dos órgãos de administração da sociedade-subordinada, apesar de não serem responsabilizados pela execução de atos ou omissões, praticados em cumprimento de instruções lícitas recebidas pela sociedade-subordinada, mesmo sendo desvantajosas para o interesse social, estão vinculados a cumpri-las⁵³. Ao invés, tratando-se de instruções ilícitas têm o dever de as recusar cumprir.

Também aqui o nível de vinculação aos deveres societários do grupo depende, sobretudo, do seu *modus operandi* e da integração de cada sociedade na esfera do mesmo. Na ausência de instruções vinculativas, os membros dos órgãos de administração da sociedade-subordinada devem atuar prosseguindo o interesse social próprio, todavia sempre correlacionados com os deveres de lealdade, informação e cuidado perante a sociedade-mãe e o interesse geral do grupo.

Mais uma vez acompanhamos ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, entendendo que “o incumprimento de instruções lícitas constitui fonte de responsabilidade civil obrigacional dos administradores da sociedade subordinada diretamente perante a sociedade diretora”⁵⁴. Ao passo que, no caso de cumprimento de instruções ilícitas, os membros dos órgãos sociais de administração das sociedades-filhas apenas respondem perante estas, e já não perante a sociedade-mãe. De outra forma, estaríamos perante uma situação

⁵¹ Aplicam-se os pressupostos gerais da responsabilidade civil, *i.e.*, o artigo 72.º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais, e o artigo 798.º e seguintes do Código Civil.

⁵² Veja-se o conceito de *sócio ou acionista livre* disposto no número 2 do artigo 494.º do Código das Sociedades Comerciais.

⁵³ Atendendo ao disposto no número 2 do artigo 503.º e ao número 3 do artigo 504.º do Código das Sociedades Comerciais.

⁵⁴ Oliveira, Ana Perestrelo de, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, cit., anotação ao artigo 504.º, página 1312.

de abuso de direito por parte da sociedade-mãe, à qual apenas cabe responsabilizar os seus próprios gerentes ou administradores pela emissão de tais instruções vinculativas.

Por fim, perante a verificação de danos causados pela prática de atos decorrentes do cumprimento de instruções ilícitas, os gerentes ou administradores da sociedade-filha que os tenham praticado, responderão solidariamente com os gerentes ou administradores da sociedade-mãe que as emitiram.

ii. Da responsabilidade contraordenacional

PAULO DE SOUSA MENDES, em meados de 1993, escrevia que “*na maioria dos países europeus continentais, começou a manifestar-se uma forte reação contra a prodigalidade do legislador na edição de penas criminais*”⁵⁵.

A intervenção penal do Estado é balizada pelos princípios da proporcionalidade, subsidiariedade, necessidade e legalidade. Perante formas indiretas de prejudicar o bem-estar social e individual, o Estado (de direito democrático), sem embargo da necessidade de reagir contra estas violações, deve abster-se da utilização das penas criminais, devendo nestes casos lançar mão de outro tipo de medidas sancionatórias de cariz social, atribuindo-lhes uma índole de mera advertência - as coimas - originando o chamado direito de mera ordenação social.

Nos termos do artigo 11.º do Código Penal, a regra passa pela responsabilização criminal apenas das pessoas singulares, sendo as pessoas coletivas e as entidades equiparadas responsabilizadas somente nos casos previstos na lei^{56 57}.

Pelo contrário, o artigo 7.º do Regime Geral de Mera Ordenação Social⁵⁸ refere-se à responsabilização criminal das pessoas singulares e coletivas e das entidades equiparadas de igual modo, uma vez que todas são destinatárias das normas nele previstas indistintamente, consagrando um regime especial face ao direito penal primário e integrando o denominado direito penal secundário.

⁵⁵ Mendes, Paulo de Sousa, *Responsabilidade Criminal das Sociedades Comerciais*, cit., página 149.

⁵⁶ Consubstanciando o usualmente chamado direito penal primário ou de justiça.

⁵⁷ Contra esta solução Paulo Pinto de Albuquerque e Jorge dos Reis Bravo, vide Teresa Quintela de Brito, *Responsabilidade criminal de entes coletivos: algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal*, cit., página 43, anotação 3.

⁵⁸ Decreto-lei n.º 433/82, de 27 de outubro, na versão que lhe foi dada pela Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro.

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA e MIGUEL SOUSA FERRO⁵⁹ entendem que, nestes casos, poderá aplicar-se o artigo 501.º do Código das Sociedades Comerciais. Assim, se a obrigação de pagar uma coima se traduzir numa dívida da sociedade-filha, poderá a sociedade-mãe ser responsabilizada, sem necessidade de outra prova para além do completo controlo da subsidiária⁶⁰, sendo a mera influência decisiva insuficiente.

Ao invés, TERESA QUINTELA DE BRITO defende que *“a coima, apesar de se traduzir na obrigação de pagar determinada quantia monetária, não constitui uma dívida, mas uma sanção imposta à sociedade-filha em consequência da prática culposa de um ilícito contraordenacional. Por ser essa a sua essência - e dada a intransmissibilidade da responsabilidade contraordenacional que não deixa de ser responsabilidade pessoal (artigos 1.º e 8.º, do RGIMOS, e artigo 30.º, n.º 3, da CRP) - nunca poderá aplicar-se à coima o regime previsto no artigo 501.º do CSC”*⁶¹.

Em nossa opinião, e até considerando o já decidido no Acórdão do Tribunal Constitucional de 24/2011⁶², referente à não-aplicabilidade do mecanismo da reversão da execução fiscal na responsabilidade subsidiária de gerentes e de administradores por multas ou coimas fiscais aplicadas à sociedade devedora, entendemos que não será de aplicar o artigo 501.º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais, atendendo aos princípios constitucionais da culpa, da igualdade e da proporcionalidade, nos casos em que à sociedade-filha é aplicada uma multa ou coima.

Importa ainda ter em conta o critério amplo de responsabilização contraordenacional previsto no artigo 401.º do Código dos Valores Mobiliários.

Este preceito legal estatui a responsabilização das pessoas singulares e coletivas, independentemente da regularidade da sua constituição, e ainda de sociedades e de associações sem personalidade jurídica, quando os factos tiverem sido praticados, no exercício das respetivas funções ou em seu nome ou por sua conta, pelos titulares dos seus órgãos sociais, mandatários, representantes ou trabalhadores. A responsabilidade da

⁵⁹ Oliveira, Ana Perestrelo de, e Miguel Sousa Ferro, *The sins of the son: parent company liability for competition law infringements*, Revista de Concorrência e Regulação, ano I, n.º 3, julho-setembro, Almedina, 2010, página 71.

⁶⁰ Aqui poderá ser bastante a exibição da certidão permanente atualizada nos casos de sociedades comerciais por quotas, ou do livro de registo de ações nos casos de sociedades anónimas.

⁶¹ Brito, Teresa Quintela de, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, cit., página 686.

⁶² Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110024.html>

pessoa coletiva é excluída quando o agente atue contra ordens ou instruções expressas daquela.

Prevê-se ainda que, os titulares do órgão de administração das pessoas coletivas e entidades equiparadas, bem como os responsáveis pela direção ou fiscalização de áreas de atividade em que seja praticada alguma contraordenação, incorrem na sanção prevista para o autor, especialmente atenuada, quando, conhecendo ou devendo conhecer a prática da infração, não adotem as medidas adequadas para lhe pôr termo imediatamente, a não ser que sanção mais grave lhes caiba por força de outra disposição legal.

A lei antecipa também que, neste âmbito, a responsabilidade das pessoas coletivas e entidades equiparadas não exclui a responsabilidade individual dos respetivos agentes.

Igualmente no âmbito do direito contraordenacional, o artigo 46.º da Lei do Branqueamento de Capitais e do Financiamento ao Terrorismo⁶³, prevê a responsabilização contraordenacional das pessoas jurídicas segundo um critério bastante amplo: *“as pessoas coletivas são responsáveis pelas infrações quando os factos tenham sido praticados, no exercício das respetivas funções ou em seu nome ou por sua conta, pelos titulares dos seus órgãos sociais, mandatários, representantes, trabalhadores ou quaisquer outros colaboradores permanentes ou ocasionais”*.

Mais uma vez, também aqui a responsabilidade da pessoa coletiva não preclui a responsabilidade individual dos respetivos agentes.

Por último, em termos de responsabilidade contraordenacional, importa ainda ter em conta o já consagrado no Novo Regime Jurídico da Concorrência⁶⁴.

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA e MIGUEL SOUSA FERRO⁶⁵ entendem que, com este regime jurídico, constitui-se uma lei especial face ao Regime Geral de Mera Ordenação Social *supra* referido.

Aqui está sobretudo previsto um conceito funcional de empresa, pois o seu artigo 3.º considera como tal *“qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento”*. Ademais, é considerado como

⁶³ Lei n.º 25/2008, de 5 de junho.

⁶⁴ Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

⁶⁵ Oliveira, Ana Perestrelo de, e Miguel Sousa Ferro, *The sins of the son: parent company liability for competition law infringements*, cit., página 75 e seguintes.

uma “única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência”.

E é aqui que os autores defendem que a lei da concorrência, pelo seu carácter excecional face às demais, dirige as suas proibições à entidade económica una, e não à pessoa jurídica individualmente, não se violando assim o princípio da responsabilidade pessoal, uma vez que a sociedade-mãe é responsabilizada, em casos de aplicação de coimas à sociedade-filha, por ser uma parte da unidade económica, isto é, a parte diretora.

Ao contrário, TERESA QUINTELA DE BRITO entende que “*em face da lei da concorrência a sociedade-mãe do grupo apenas poderá responder pela contraordenação e pela correspondente coima, se foi parte na infração, i.e., se participou no comportamento proibido*”⁶⁶.

Se bem se julga, a responsabilidade contraordenacional prevista no Novo Regime Jurídico da Concorrência não nos permite vislumbrar aqui uma especialidade face aos demais regimes *supra* mencionados.

De facto, como dispõem o número 2 do artigo 73.º e seguintes deste regime jurídico, os requisitos para a atribuição de responsabilidade pela prática de contraordenações, em sede de direito da concorrência, são muito semelhantes aos previstos no artigo 11.º do Código Penal, revelando o legislador não pretender afastar-se destes últimos. Também aqui é necessário que se verifique o nexo de imputação do ilícito ao líder da pessoa jurídica, para que aquela possa ser responsabilizada.

Por último, mais uma vez, conforme o previsto no número 7 do artigo 73.º, “*a responsabilidade das pessoas coletivas e entidades equiparadas não exclui a responsabilidade individual de quaisquer pessoas singulares, nem depende da responsabilização destas, nos casos de violação de deveres de colaboração*”.

⁶⁶ Brito, Teresa Quintela de, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, cit., página 698.

C. INSTITUTOS GERAIS DE PROTEÇÃO DAS SOCIEDADES INTEGRANTES DE COLIGAÇÕES

No que se refere aos institutos gerais de direito com relevância para a proteção das sociedades integrantes de coligações, entendemos ser de ressaltar quatro mecanismos jurídicos, assim: (i) a responsabilidade civil, em especial os artigos 501.º e 502.º do Código das Sociedades Comerciais; (ii) a responsabilidade em casos de insolvência; (iii) o abuso de direito; e, por fim, (iv) o levantamento do véu corporativo.

Em termos de direito comparado, importa destringir os mecanismos gerais de proteção que se têm usado perante a sociedade-mãe e a sociedade-filha.

Como forma de proteção desta última, têm vingado, especialmente no direito suíço e alemão, (i) a titulação de responsabilidade pela confiança no grupo ou culpa *in contrahendo*, fundamentando-se na frustração da confiança originada pela situação de controlo intersocietário, e ainda (ii) a imposição de deveres de informação acrescidos, tendo em conta a tutela preventiva dos titulares externos do capital social da sociedade-mãe, que não estão a par das decisões do órgão de administração da sociedade⁶⁷.

Tendemos a acolher a primeira forma de responsabilização *supra* mencionada, parecendo-nos que, tomando a coligação societária, sob a forma de relação de grupo de direito ou de facto nos termos já referenciados, como uma entidade una - o *império da estrutura* - fará sentido que a relação de confiança que efetivamente se construiu e desenvolveu, e que legitimamente deve ser tutelada, dê lugar, com a ocorrência da sua frustração, à responsabilização da parte infratora.

Concomitantemente, a necessidade de proteger os credores da sociedade-mãe é bastante reconhecida nos diversos ordenamentos jurídicos, bem como dos seus sócios/acionistas, ressaltando-se dois mecanismos de tutela ponderados nos direitos estrangeiros: “(a) o instrumento norte-americano do *pass through*, através do qual, perante decisões estratégicas, os direitos de voto da assembleia controlada são distribuídos entre os acionistas da controlante, proporcionalmente ao valor da respetiva participação no capital desta sociedade, e (b) a expansão *ex bona fide* da competência da assembleia geral, através da imposição aos administradores de submeterem a este órgão decisões relativas à controlada que impliquem uma grave ingerência nos direitos e interesses dos sócios da controlante (no sistema alemão)”⁶⁸.

⁶⁷ Oliveira, Ana Perestrelo de, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, cit., anotação ao artigo 486.º, página 1234.

⁶⁸ Oliveira, Ana Perestrelo de, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, cit., página 1235.

i. Da responsabilidade civil, em especial os artigos 501.º e 502.º do Código das Sociedades Comerciais

Em complemento ao já referido no capítulo anterior da presente dissertação, em termos de responsabilidade civil, e especialmente no que se refere à proteção dos credores da sociedade-filha e ainda desta última em si mesma, importa debruçar-nos de seguida sobre os artigos 501.º e 502.º do Código das Sociedades Comerciais.

O artigo 501.º do mencionado Código visa, essencial e principalmente, a proteção dos credores da sociedade-filha. *“Em situações normais, os credores beneficiam do natural espírito de sobrevivência das sociedades e, ainda, das múltiplas regras de cautela que se impõem aos respetivos administradores e por cujo cumprimento eles são responsáveis. O dever de acatar instruções desfavoráveis altera tudo: podem, legalmente, surgir sociedades khamikase, contra as quais falham os esquemas normais de acautelamento”*⁶⁹.

Adveniente do § 322 do AktG alemão de 1965, este artigo prevê três requisitos para a responsabilidade da sociedade diretora por dívidas da sociedade dominada, assim: (i) uma coligação societária sob a forma de grupo de direito ou de facto, com existência de dívidas da sociedade-filha; (ii) as dívidas têm de ser contraídas antes ou depois da celebração do contrato de subordinação, mas apenas até ao seu termo; e (iii) tem de pré-existir mora da sociedade-filha em 30 (trinta) dias prévios à exigibilidade da responsabilidade da sociedade-mãe. Salienta-se ainda que, não pode mover-se diretamente uma execução contra a sociedade-mãe, com base em título executivo contra a sociedade-filha, apenas se alterando esta premissa após a constituição em mora desta última.

Discute-se doutrinariamente qual a natureza jurídica desta responsabilidade⁷⁰. RAÚL VENTURA entende que se trata de uma responsabilidade que não é perfeitamente solidária, pois não pode ser exigida antes de decorridos 30 (trinta) dias sobre a constituição em mora da sociedade subordinada, nem é meramente subsidiária, pois não requer a prévia execução dos bens da sociedade subordinada.

⁶⁹ Cordeiro, António Menezes de, *A responsabilidade da sociedade com domínio total (501.º/1, do CSC) e o seu âmbito*, Revista de Direito das Sociedades, ano III, 2011, 1, Almedina, página 104.

⁷⁰ Vide, António Menezes Cordeiro, *idem*, explicitando cada autor com maior profundidade.

ENGRÁCIA ANTUNES, por seu turno, concebe que estamos perante uma responsabilidade solidária *sui generis*, uma vez que, muito embora as sociedades subordinada e diretora respondam ambas pelo cumprimento integral das obrigações, os credores sociais deverão começar por fazer valer os respetivos direitos primeiramente perante a sociedade subordinada.

MARIA DA GRAÇA TRIGO defende que o regime instituído não é sequer de responsabilidade subsidiária da sociedade diretora, pois não se exige que previamente os bens da sociedade dependente tenham sido executados.

JANUÁRIO GOMES e MENEZES CORDEIRO, por sua vez, entendem que estamos perante uma responsabilidade acessória: a sociedade diretora pode invocar os meios de defesa da devedora e a sua obrigação depende da existência e da manutenção da adstrição garantida; e ainda subsidiária média: ela só funciona se, ao fim de 30 (trinta) dias, a devedora principal não tiver cumprido.

Por conseguinte, parece-nos ser de acolher a última posição doutrinária referida, sendo a que melhor se adequa e adapta à realidade prevista no artigo 501.º do Código das Sociedades Comerciais, uma vez que a prestação tem de ser inicialmente exigida à sociedade-filha, através da interpelação, aguardando-se o decorrer dos 30 (trinta) dias, e que a sociedade-mãe pode usar os meios de defesa da sociedade-filha.

Aqui, a obrigação da sociedade-mãe está estritamente dependente da obrigação da sociedade-filha, permitindo-lhe invocar os meios de defesa próprios desta última⁷¹, pois, “*de outro modo, ela poderia ter de satisfazer obrigações oriundas de negócios inválidos ou de obrigações às quais se pudesse opor, por exemplo, a exceção de não-cumprimento dos contratos*”⁷².

Em sede de proteção da sociedade-filha, encontramos o artigo 502.º do Código das Sociedades Comerciais, o qual prevê a responsabilidade da sociedade-mãe pelas perdas ocorridas na sua subordinada.

Nas palavras de ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “*em conjunto com a regra do artigo 501.º, esta regra constitui, indiscutivelmente, o eixo do sistema de proteção da*

⁷¹ Neste sentido, Ana Perestrelo de Oliveira, *Questões avulsas em torno dos artigos 501.º e 502.º do Código das Sociedades Comerciais*, cit., página 883.

⁷² Ana Perestrelo de Oliveira, *Questões avulsas em torno dos artigos 501.º e 502.º do Código das Sociedades Comerciais*, cit., página 106.

sociedade-filha (e demais interesses situados a este nível) instituído pelo Código das Sociedades Comerciais”⁷³.

O artigo 502.º prevê que a sociedade-filha possa exigir da sociedade-mãe a compensação das perdas anuais⁷⁴, que se verifiquem durante a manutenção do contrato de subordinação (em nosso entender, em casos de coligação societária sob a forma de relação de domínio e de grupo), sempre que estas não forem compensadas pelas reservas de balanço. Esta exigência apenas pode ocorrer durante a vigência da relação de grupo se a sociedade-filha for declarada falida, caso contrário só pode ser reclamada após o término da mesma.

“Apesar da aparente amplitude com que a obrigação de compensação se encontra prevista, a exclusiva cobertura das perdas representadas no balanço constitui já importante limitação à proteção pretendida, sobretudo porque nem todas as medidas desvantajosas apresentam reflexos contabilísticos, só parcialmente se cumprindo, por isso, a intenção da lei de assegurar que, no termo do contrato, a sociedade-filha seja deixada na mesma situação patrimonial em que se encontrava no momento em que se iniciou relação de grupo”⁷⁵.

Este preceito legal faz recair o risco total da exploração empresarial sobre a sociedade-mãe, tendo em vista a proteção da sociedade-filha ante o poder de direção da primeira, a proteção dos sócios ou acionistas minoritários desta e ainda, num patamar último, também dos seus credores⁷⁶.

ii. Da responsabilidade em casos de insolvência

Como forma de responsabilização da sociedade-mãe, *i.e.*, porque em seu nome atuaram membros dos órgãos sociais de direito da sociedade-filha considerados como

⁷³ Ana Perestrelo de Oliveira, *Questões avulsas em torno dos artigos 501.º e 502.º do Código das Sociedades Comerciais*, cit., página 886.

⁷⁴ Por perdas anuais entenda-se o saldo negativo dos resultados líquidos de exercício constantes do balanço da sociedade.

⁷⁵ Ana Perestrelo de Oliveira, *Questões avulsas em torno dos artigos 501.º e 502.º do Código das Sociedades Comerciais*, cit., página 887.

⁷⁶ Sobre este entendimento, *vide* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de maio de 2011, relator: Salazar Casanova, processo número 35/1997.L1.S1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/aea8695c3bf83524802578a7003ccb0a?OpenDocument>

membros dos órgãos sociais de facto da sociedade-mãe⁷⁷, prevê ainda (e bem) o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

Nos termos da alínea a) do número 3 do artigo 82.º do mencionado código, durante a pendência do processo de insolvência, o administrador da insolvência tem exclusiva legitimidade para propor e fazer seguir as ações de responsabilidade que legalmente couberem, em favor do próprio devedor, contra os fundadores, administradores de direito e de facto, membros do órgão de fiscalização do devedor e sócios, associados ou membros, independentemente do acordo do devedor ou dos seus órgãos sociais, sócios, associados ou membros, correndo esta ação por apenso à do processo de insolvência.

Desta forma, concede-se legitimidade ao administrador da insolvência, sendo este isento e imparcial, para a responsabilização dos administradores ou dos gerentes de facto da sociedade em causa, sendo, na maioria das vezes, estes os administradores ou gerentes de direito da sociedade-dominada, mas que, na verdade, exercem e efetivam uma posição de liderança na sociedade-dominante, em nome e no interesse de quem também atuaram.

Estes membros dos órgãos sociais, considerados como líderes efetivos de direito na sociedade-filha, mas concomitantemente como líderes de facto da sociedade-mãe, foram, como adiante melhor se compreenderá, quem verdadeiramente exerceu influência sobre a tomada de decisões e investimentos na sociedade insolvente, pelo que deverá ser sobre estes - os de facto - e não sobre os que de direito apenas têm o facto de constarem da certidão permanente de registo comercial da sociedade-filha, que deverá ser exigida responsabilidade pela situação malfadada em que a sociedade se encontra.

iii. Do abuso de direito

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA salienta ainda a importância do abuso de direito como forma de reação para a proteção da sociedade-dominada, face a descomedimentos da sociedade-dominante⁷⁸.

⁷⁷ Entenda-se como constantes de deliberações sociais de nomeação de órgãos sociais e da certidão permanente de registo comercial da sociedade-filha, mas que na verdade são também líderes de facto da sociedade-mãe.

⁷⁸ Oliveira, Ana Perestrelo de, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, cit., anotação ao artigo 486.º, página 1234.

Para além do artigo geral (o 334.º do Código Civil), o artigo 58.º do Código das Sociedades Comerciais prevê uma série de situações pelas quais é legítimo reagir ante deliberações abusivas.

Nos termos da alínea b) do número 1, é possível impugnar as deliberações sociais tomadas em sede de sociedade-dependente, com as quais a sociedade-dominante pretenda prejudicar aquela.

O número 3 deste artigo realça ainda que, os titulares do capital social, que tenham formado a maioria necessária para aprovar a deliberação tida como abusiva dos interesses sociais da sociedade-dominada, são solidariamente responsáveis para com a sociedade ou para com os restantes titulares do capital social desta que naquela não tenham intervindo.

Em termos de legitimidade ativa, esta ação de anulabilidade pode ser interposta pelo órgão de fiscalização⁷⁹ ou por qualquer sócio/acionista que não tenha votado no sentido que fez vencimento, nem posteriormente tenha aprovado a deliberação, expressa ou tacitamente, nos termos procedimentais previstos no artigo 59.º do Código das Sociedades Comerciais.

Em termos de legitimidade passiva, conforme o disposto no artigo 60.º do Código das Sociedades Comerciais, a ação de anulação é sempre proposta contra a sociedade-alvo da deliberação que se visa impugnar.

iv. Do levantamento do véu corporativo^{80 81}

Nas palavras do douto TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA⁸², a chamada desconsideração ou levantamento da personalidade coletiva surgiu, na doutrina e posteriormente na jurisprudência, como meio de cercear formas abusivas de atuação, que ponham em risco a harmonia e a credibilidade do sistema.

⁷⁹ Entenda-se o conselho fiscal ou o revisor oficial de contas (ou o fiscal único efetivo e seu suplente).

⁸⁰ Importa distinguir: a *Durchgriff* de imputação (*Zurechnungsdurchgriff*) da *Durchgriff* de responsabilidade (*Haftungsdurchgriff*), esta última aqui verdadeiramente estudada, onde a responsabilidade limitada que protege o sócio é afastada como forma de o obrigar, vide Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª edição, Almedina, 2008, página 182.

⁸¹ Sobre o “*disregard*” anglo-saxónico, vide Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais, dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada*, tese de doutoramento em ciências jurídicas, sob a orientação do Professor Doutor António Menezes Cordeiro, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Almedina, maio, 2015, páginas 954 e 955.

⁸² Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 3 de julho de 2013, relator: Felizardo Paiva, processo número 943/10.8TTLRA.C1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/cd3d74692f29d01080257bad00396235?OpenDocument>

O recurso a este instituto é possível quando ocorram situações de responsabilidade civil assentes em princípios gerais ou em normas de proteção, nomeadamente dos credores sociais, ou em situações de abuso de direito, e não exista outro fundamento legal que invalide a conduta do sócio ou do acionista, ou da sociedade que se pretende atacar, tendo, deste modo, um carácter subsidiário.

A desconsideração tem sempre de envolver um juízo de reprovação sobre a conduta do agente, ou seja, envolve sempre a formulação de um juízo de censura e deve revelar-se ilícita, havendo que verificar se ocorre uma postura de fraude à lei ou de abuso de direito.

As situações usualmente descritas pela doutrina e pela jurisprudência como sendo alvo de desconsideração da personalidade jurídica societária são essencialmente três: (i) a confusão ou promiscuidade entre as esferas jurídicas da sociedade e dos seus titulares do capital social; (ii) a subcapitalização da sociedade, por insuficiência de recursos patrimoniais necessários para concretizar o objeto e prosseguir a sua atividade social; e (iii) as relações de domínio grupal, *i.e.*, de coligação societária, essencialmente sob a forma de relação de domínio ou de grupo⁸³.

Em todas estas situações pode constatar-se que a personalidade jurídica da pessoa coletiva é usada de modo ilícito ou abusivo para prejudicar os demais terceiros, existindo uma utilização contrária às normas ou aos princípios gerais de direito, incluindo a ética de gestão empresarial.

- a. A confusão ou promiscuidade entre as esferas jurídicas da sociedade e dos seus titulares do capital social

Como refere PINTO FURTADO, “*as sociedades comerciais não se limitam a constituir um mero corpo unitário de bens, um património autónomo, uma unidade objetiva, mas são verdadeiramente uma unidade subjetiva, um novo sujeito de direito, em si, uma individualidade diferente de cada um dos seus sócios*”⁸⁴.

⁸³ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 3 de julho de 2013, relator: Felizardo Paiva, processo número 943/10.8TTLRA.C1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/cd3d74692f29d01080257bad00396235?OpenDocument>, citando António Menezes Cordeiro, *Manual do Direito das Sociedades*, volume I, 2004, página 381.

⁸⁴ Furtado, Pinto, *Curso de Direito das Sociedades*, 5.ª edição, Coimbra, 2004, página 24.

Como se mencionou no ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA⁸⁵, o recurso à teoria da desconsideração da personalidade jurídica representa uma via que permite controlar o uso que os sócios ou acionistas fazem das sociedades, para alcançarem fins ilícitos repudiados pela ordem jurídica, e para os quais se verifica a inexistência de previsão legal adequada.

Assim, se se puder concluir que a sociedade, na sua existência e funcionamento, encerra abuso de personalidade coletiva, por não ser mais do que um embuste que permitiu, de forma legal, evitar o cumprimento das obrigações da responsabilidade dos seus sócios ou acionistas, gerentes ou administradores, agindo, deste modo, com abuso de direito, então poder-se-á verificar o levantamento da personalidade coletiva dessa sociedade, ou seja, a derrogação do princípio da separação entre a pessoa coletiva e os que por detrás dela atuam, sendo que aqui poderemos estar perante duas ordens de razão: os titulares do capital social⁸⁶ e/ou os titulares do órgão de administração e direção da sociedade.

- b. A subcapitalização da sociedade, por insuficiência de recursos patrimoniais necessários para concretizar o objeto e prosseguir a sua atividade social

Na subcapitalização devem ser destrinchados os casos de subcapitalização formal ou nominal, dos casos de subcapitalização material.

O primeiro caso verifica-se quando a sociedade comercial é dotada, sobretudo, de empréstimos efetuados pelos sócios ou acionistas, e não do capital social suficiente. Ao invés, o segundo caso ocorre quando os sócios ou acionistas não dotam a sociedade de capital social suficiente à prossecução do seu objeto e atividade social, podendo esta insuficiência ser originária (no momento da sua constituição) ou superveniente (durante a sua vigência).

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO propõe o “*recurso à desconsideração da personalidade jurídica como solução para o problema da tutela dos credores de sociedade voluntariamente descapitalizada, ou seja, tipicamente, para aqueles casos em que bens,*

⁸⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de maio de 2006, relatora: Manuela Gomes, processo número 7541/2005-6, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/4ee7e5ba91ce2b528025728e0040feb3?OpenDocument>

⁸⁶ As situações mais frequentes ocorrerão em sede de sociedades comerciais unipessoais por quotas.

trabalhadores e oportunidades de negócio de uma determinada sociedade são transferidos para a esfera de um dos seus sócios ou para uma outra entretanto constituída por estes, em prejuízo da primeira - sobretudo, em prejuízo do seu património e, reflexamente, dos seus credores”⁸⁷.

Por conseguinte, com a utilização deste mecanismo doutrinário e jurisprudencial, permite-se aos credores sociais a possibilidade de exigirem a satisfação dos seus créditos perante os sócios ou acionistas da sociedade desconsiderada, e ainda evidenciar aos demais terceiros o fim para que esta foi constituída.

- c. As relações de domínio grupal, *i.e.* de coligação societária, essencialmente sob a forma de relação de domínio ou de grupo

Nos termos do ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA⁸⁸, a personalidade jurídica da sociedade comercial representa um instrumento jurídico-formal para a prossecução de interesses e fins aceites e valorizados pela ordem jurídica, levados a cabo pelos seus titulares do capital social, que podem, ou não, ser também os membros do seu órgão de administração.

Nas palavras de TERESA QUINTELA DE BRITO, “*o levantamento do véu corporativo não pode ser dirigido ao grupo ou contra a própria rede de sociedades, pois um e outra não constituem como tal um sujeito de direitos e obrigações. Certo é que o grupo aumenta a probabilidade da ocorrência de circunstâncias suscetíveis de legitimar o levantamento do véu, designadamente a confusão de esferas jurídicas ou similares tipos de abuso. Todavia, a mera existência de integração económica, financeira e administrativa e de controlo ou direção unitária, não basta para o levantamento do véu corporativo*”⁸⁹.

Exige-se aqui que, em nome do imperativo da boa-fé, para além da constatação de uma situação de abuso de direito ou de responsabilidade civil, num contexto de coligação societária onde se verifique existir um uso impróprio de uma sociedade sua componente,

⁸⁷ Ribeiro, Maria de Fátima, *Desconsideração da personalidade jurídica e “descapitalização” de sociedade*, Revisto de Direito e de Estudos Sociais, coordenação de Bernardo Lobo Xavier e Pedro Romano Martinez, n.º 3-4, julho-dezembro, ano LII, XXV da 2.ª série, Almedina, 2011, página 173.

⁸⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 3 de julho de 2013, relator: Felizardo Paiva, processo número 943/10.8TTLRA.C1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/cd3d74692f29d01080257bad00396235?OpenDocument>

⁸⁹ Brito, Teresa Quintela de, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, cit., página 691.

se proceda ao levantamento do seu véu corporativo de molde a que se atinja essa especial unidade - a sociedade de facto em causa.

Assim, levantando-se o véu corporativo desta sociedade (a sociedade-filha), chegar-se-á aos verdadeiros titulares e/ou líderes, mormente aos seus administradores de direito, que são líderes de facto da sociedade-mãe e têm a seu cargo a direção desta e daquela.

D. RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS COLETIVAS

Aqui chegados, importa agora debruçarmo-nos sobre o elemento essencial da presente dissertação: a responsabilização penal das pessoas coletivas e os seus critérios de imputação perante situações de coligação societária.

i. Da evolução histórica

a. No Mundo

Ao longo dos tempos, a postura do direito perante a celeuma da responsabilização penal das pessoas coletivas não foi unânime e pacífica, tendo existido épocas em que esta foi admitida e outras foi recusada.

No direito romano, a conceção da personalidade coletiva só surge com a época imperial. Apesar dos “*municipia*”, “*collegia*” e “*universitatis*” serem titulares de direitos e obrigações, estas entidades eram vistas como meras figuras fictícias do direito e, portanto, insuscetíveis de responsabilidade penal. Defendia-se, assim, o princípio “*societas delinquere non potest*”, posição que assentava na defesa da incapacidade de atuação e de vontade das pessoas coletivas⁹⁰.

Por sua vez, no direito canónico, a maioria dos cultores admitiu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Os canonistas preocuparam-se em definir os pressupostos da punição destas entidades, as regras da comparticipação e a responsabilidade individual dos membros da coletividade que tivessem atuado com culpa. Contudo, o Papa Inocêncio IV rebelando-se contra esta posição, rejeitou a punição das pessoas coletivas por considerar que as mesmas não passariam de construções abstratas e entidades ficcionais, incapazes de querer e atuar⁹¹.

⁹⁰ Quelhas, Filipa Marta de Figueiroa, *O Advento da Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas no Direito Penal de Justiça à Luz da Reforma do Artigo 11.º do Código Penal Português: Contributo para uma Leitura Compreensiva dos Critérios de Imputação Jurídico-Penal*, relatório de estágio de mestrado em ciências jurídico-criminais, sob a orientação dos Professores Doutores Maria Fernanda Palma e João Curado Neves, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009, página 11 e seguintes.

⁹¹ Bravo, Jorge dos Reis, *Direito Penal de Entes Coletivos – Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Coletivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra Editora, 2008, página 35.

Na idade média, para se reconhecer a existência de uma infração coletiva, os glosadores exigiram, num primeiro momento, que esta tivesse sido praticada por todos os membros da coletividade para, mais tarde, exigirem apenas uma atuação da maioria⁹².

Por seu turno, com o advento da revolução francesa e a consagração do princípio da responsabilidade individual, o direito concentrou-se na pessoa humana e as pessoas coletivas foram retiradas do âmbito da punição criminal, adotando-se um conceito de culpa construído segundo uma perspetiva puramente individualista, retratando-se assim as ideias de Kant e Hegel. A principal razão do afastamento das pessoas jurídicas do âmbito de aplicação do direito penal prendeu-se, sobretudo, com o facto de estas terem perdido a importância que alcançaram durante a idade média, consubstanciando-se no desaparecimento da necessidade de punir essas mesmas entidades.

Assim, somente com a industrialização do século XIX e a renovação da importância das empresas na indústria e na economia, se voltou a considerar necessária a responsabilização criminal das pessoas coletivas, mormente as sociedades comerciais⁹³.

Em pleno século XX, essencialmente devido à globalização e ao aumento da criminalidade económica, constatou-se a necessidade de responsabilizar os entes coletivos ante o seu cometimento de crimes e a criação de riscos para os bens jurídicos coletivos e sobretudo sociais.

b. Em Portugal

No que diz respeito ao nosso ordenamento jurídico, sempre foi prática usual aplicar-se às pessoas coletivas as penas previstas para as pessoas singulares, modificando-se a sanção ou substituindo-a por outra medida análoga.

Neste sentido veio o projeto do Código Criminal de Pascoal José de Melo Freire admitir a responsabilidade criminal coletiva. Todavia, com a revolução francesa, conforme *supra* descrito, a responsabilidade penal das pessoas coletivas desapareceu do nosso ordenamento jurídico, dando lugar à defesa do princípio “*societas delinquere non*

⁹² Assunção, Filipa Vasconcelos de, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas – Em Especial a Problemática da Culpa*, tese de mestrado forense orientado para a investigação, sob a orientação do Professor Doutor Germano Marques da Silva, Faculdade de Direito, Escola de Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, junho, 2010, página 10.

⁹³ Assunção, Filipa Vasconcelos de, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas – Em Especial a Problemática da Culpa*, cit., página 11.

potest”, entendendo-se que as pessoas morais não podiam delinquir e que o delinquente seria sempre uma pessoa humana.

Este ideal veio ainda a ser reforçado com o Código Penal de 1852, uma vez que no seu artigo 22.º se mencionava que “*somente podem ser criminosos os indivíduos que têm a necessária inteligência e liberdade*”.

Do mesmo modo, o Código Penal de 1886 continuou a afirmar, no seu artigo 26.º, que apenas os indivíduos podiam ser alvo de punição criminal, uma vez que apenas estes possuem a “*necessária inteligência e liberdade*”. No mesmo sentido, o seu artigo 28.º impunha que “*a responsabilidade criminal recai única e individualmente nos agentes dos crimes*”, e o seu artigo 123.º estabelecia que “*as penas não passarão, em caso algum, da pessoa do delinquente*”, evidenciando-se o carácter individual da punição criminal⁹⁴.

Apenas com o surgimento do Código Penal de 1982 se estabeleceu, no seu artigo 11.º, que, “*salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são suscetíveis de responsabilidade criminal*”, passando a admitir-se, excecionalmente e em lei especial, a responsabilidade penal das pessoas coletivas⁹⁵.

Apesar do Código Penal de 1982 não ter consagrado diretamente a responsabilidade penal das pessoas coletivas, o artigo 12.º deste código regulava o instituto da atuação em nome de outrem, punindo criminalmente o titular do órgão e o representante que atuasse em nome da pessoa coletiva. Esta norma derivou do artigo 9.º do Projeto de Eduardo Correia e foi justificada à luz da recusa da responsabilidade penal das sociedades⁹⁶.

A doutrina tradicional portuguesa⁹⁷ defendeu sempre a inadmissibilidade da responsabilização penal das pessoas coletivas, invocando principalmente a violação dos princípios essenciais do Estado de direito e, fundamentalmente, do direito penal, tais como: (i) a natureza jurídica das pessoas coletivas e a defesa da teoria da realidade jurídica, entendendo-se que aquelas são meras realidades jurídicas que exigem a intervenção das pessoas singulares; (ii) a licitude do objeto social das sociedades comerciais e a limitada competência dos membros dos seus órgãos sociais, que sempre

⁹⁴ Assunção, Filipa Vasconcelos de, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas – Em Especial a Problemática da Culpa*, cit., página 71.

⁹⁵ Assunção, Filipa Vasconcelos de, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas – Em Especial a Problemática da Culpa*, cit., página 12 e seguintes.

⁹⁶ Assunção, Filipa Vasconcelos de, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas – Em Especial a Problemática da Culpa*, cit., página 72.

⁹⁷ Assunção, Filipa Vasconcelos de, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas – Em Especial a Problemática da Culpa*, cit., página 13 e seguintes, mencionado, entre outros, Caeiro da Matta, Marcello Caetano, Beleza dos Santos, Cavaleiro de Ferreira e Eduardo Correia.

impediriam a prática de atos ilícitos dentro das suas competências; (iii) o princípio da personalidade e da intransmissibilidade das penas criminais; (iv) os fins das penas - a prevenção geral e especial - que sempre seriam inaplicáveis às pessoas coletivas; e, por fim, (v) a incapacidade de ação e de culpa das pessoas coletivas.

Ao invés, ao longo das últimas décadas, tem vindo a ser debatida a admissibilidade da responsabilidade penal das pessoas coletivas, invocando-se sobretudo argumentos de ordem pragmática e social (sempre insuficientes sem uma legitimação material dessa responsabilidade), e que se relacionam principalmente com a necessidade clara e evidente da sua responsabilização⁹⁸.

Ademais, também o princípio da justiça tem sido invocado como fulcral para a justificação desta punibilidade, exigindo que se responsabilize o agente do crime e, concomitantemente, aquele que beneficiou com a sua prática, impondo que o direito penal puna assim as entidades coletivas. Injusto seria se a lei punisse apenas e somente as pessoas físicas que praticam os atos em nome da pessoa jurídica, uma vez que, com toda a certeza, a pessoa singular sempre seria substituída por outra com as mesmas funções⁹⁹. Não seria deste modo suficiente que apenas se responsabilizasse o indivíduo a título de comissão por omissão de crimes.

A nosso ver, o principal argumento para a responsabilização criminal das pessoas jurídicas prende-se, essencialmente, com o avanço da globalização e da economia mundial que geram o crescimento e o surgir de novas e grandes empresas, exigindo-se assim uma regulamentação específica e direta pelo direito penal.

Estas novas empresas com efeito de escala são de tal forma influentes, importantes e dominantes que, na maior parte das vezes, para além dos indivíduos não se aperceberem da sua prática criminosa, apenas são combatíveis pela ação levada a cabo pelo direito penal.

Tal como ficou definido na 12.^a Conferência de Diretores de Institutos de Investigação Criminológica publicada pelo Conselho da Europa, *“se a criminalidade de colarinho branco se desenvolve e adquire proporções que, em valor, ultrapassam, segundo os países, dez a cem vezes o que nos obstinamos a chamar de direito comum,*

⁹⁸ Entre outros, Teresa Quintela de Brito, António Crespo Simões de Carvalho, Paulo de Sousa Mendes, Faria Costa e Figueiredo Dias.

⁹⁹ Os chamados testas de ferro que sempre seriam substituídos.

não é somente a nossa terminologia que fracassa - é a nossa sociedade, é o nosso sistema económico que estão ameaçados”¹⁰⁰.

Neste sentido, no âmbito do direito penal comum, primário ou de justiça, podemos afirmar que o princípio “*societas delinquere non potest*” foi definitivamente afastado com a entrada em vigor da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro¹⁰¹.

Nas palavras de MÁRIO PEDRO MEIRELES, “*a assunção expressa da responsabilidade penal das pessoas coletivas trouxe, desde logo, um ganho de coerência sistemática; efetivamente, tal consagração era já uma realidade em diversos diplomas avulsos (...) pelo que continuar a fazer do direito penal de justiça uma sede de livre atuação das entidades coletivas, sem consequências criminais, seria mesmo fazer perigar a “posição hierárquica” daquele, relativamente ao comumente designado direito penal secundário, onde a “atenção” e exigência dada à sua atuação, se revela precisamente através dessa responsabilização*”^{102 103 104}.

Salienta-se ainda a trigésima quinta alteração ao Código Penal, levada a cabo pela Lei n.º 30/2015, de 22 de abril¹⁰⁵, no sentido de dar cumprimento às recomendações dirigidas a Portugal em matéria de corrupção pelo grupo de Estados do Conselho da Europa contra a Corrupção, pelas Nações Unidas e pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico.

Com esta alteração, o número 2 do artigo 11.º do Código Penal sofreu alterações ao nível do catálogo de crimes suscetíveis de gerar responsabilização criminal às pessoas jurídicas, e foi suprimido o seu número 3. Todavia, as entidades que por este último eram excecionadas mantêm-se, semelhantemente, presentes no número 2.

¹⁰⁰ Assunção, Filipa Vasconcelos de, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas – Em Especial a Problemática da Culpa*, cit., página 30.

¹⁰¹ Introduzindo a 23.ª alteração ao Código Penal.

¹⁰² Meireles, Mário Pedro, *A responsabilidade penal das pessoas coletivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Penal ditada pela lei 59/2007, de 4 de setembro: algumas notas*, *Julgar*, n.º 5, 2008, página 121 e seguintes.

¹⁰³ Refere o autor que a expressão “*pessoas coletivas*” foi fixada na literatura jurídica portuguesa por Guilherme Moreira, no seu escrito “*Da personalidade colectiva*”, publicado na RLJ entre 1907 e 1909, nos números melhor identificados por António Menezes Cordeiro, *O Levantamento da Personalidade Coletiva no direito civil e comercial*, Almedina, janeiro, 2000, página 18, nota 10.

¹⁰⁴ Critica ainda o autor o facto da unidade de missão para a reforma penal, criada pela resolução do conselho de ministros n.º 138/2005, de 29 de julho (publicada no Diário da República, I Série-B, de 17 de agosto), e, entretanto, extinta por resolução do conselho de ministros de 12 de abril de 2007, não ter divulgado os seus trabalhos preparatórios e as atas das suas reuniões que originaram a redação do artigo 11.º.

¹⁰⁵ Alterada pela Retificação n.º 22/2015, de 25 de maio.

Não podemos deixar de concluir que não se trata de uma responsabilidade por facto praticado por e em nome de outrem, mas sim de uma responsabilidade autónoma e distinta da responsabilidade singular dos indivíduos que compõem a entidade jurídica, decorrendo esta autonomia da livre conjugação de vontades das próprias pessoas singulares que integram a pessoa coletiva. A lei reconheceu, assim, a teoria da vontade própria da sociedade dirigida para o cometimento do crime, desvinculando-se definitivamente da tradição do direito penal clássico¹⁰⁶.

ii. Do artigo 11.º do Código Penal

Tal como referido *supra*, o número 1 do artigo 11.º do Código Penal prevê, a título especial, a responsabilização penal das pessoas coletivas. A regra no nosso ordenamento jurídico continua a ser, portanto, a responsabilização criminal das pessoas singulares.

Nas palavras de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE¹⁰⁷, “*as pessoas coletivas e entidades equiparadas são fruto da vontade de homens e, nessa medida, podem constituir um objeto de censura ético-penal. Não se trata de uma responsabilidade por facto de outrem, mas antes de uma verdadeira responsabilidade autónoma e distinta da responsabilidade dos concretos homens e mulheres que compõem a pessoa coletiva ou entidade autónoma, decorrendo essa autonomia precisamente da livre conjugação de vontades de mais do que uma pessoa. A categoria da culpa é, pois, aplicada por analogia às pessoas coletivas e entidades equiparadas*”¹⁰⁸.

Para uma melhor compreensão dos conceitos legais, urge agora efetuar uma análise detalhada ao artigo 11.º do Código Penal.

a. Âmbito de aplicação subjetivo

¹⁰⁶ Alves, Núbia Nascimento, *As exceções de punibilidade referidas no artigo 11.º do Código Penal português e o caso das entidades prestadoras de cuidados de saúde*, Participação, pessoas coletivas e responsabilidade, 11 estudos de direito penal e direito de mera ordenação social, coordenação de Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Almedina, julho, 2015, página 126.

¹⁰⁷ Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2010, página 75 e seguintes.

¹⁰⁸ *Ibidem*, citando assim Figueiredo Dias, anotação 2 ao artigo 11.º.

A responsabilidade penal das entidades jurídicas abrange, para além dos casos especialmente previstos na lei extravagante: (i) as pessoas coletivas; (ii) as sociedades civis; e (iii) as associações de facto, sendo estas duas últimas consideradas como entidades equiparadas, nos termos do número 5 do artigo 11.º do Código Penal.

“Entre nós, já em 1997, PAULO SARAGOÇA DA MATTA, sustentava que a ratio da ressalva do artigo 11.º terá sido abranger todas as instituições, ou seja, «entidades (...) organizadas (...) auto-determináveis e com propósitos ou fins próprios, que intervêm na vida jurídica (...)», mas que «não sejam pessoas singulares» ou «homens na sua individualidade ôntica»”¹⁰⁹.

Para TERESA QUINTELA DE BRITO, a punição dos entes coletivos está condicionada à efetiva existência de uma organização, mais precisamente de uma instituição, isto é, de uma realidade que constitui um centro social de imputação de interesses, distintos: (a) dos interesses particulares das pessoas físicas através das quais a coletividade age; e (b) dos peculiares interesses dos sujeitos (individuais ou coletivos) que lhe providenciam capital, *i.e.*, os sócios ou acionistas¹¹⁰.

Segundo JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, a vocação para a institucionalização, em que se fundamenta a atribuição de personalidade coletiva, pressupõe três elementos: o material (constituído por pessoas e/ou bens), o teleológico (prossecução de determinados fins) e o formal ou organizativo¹¹¹ (neste caso, a nosso ver, correspondendo à chamada organização ou instituição).

Assim, entendemos que a responsabilização penal apenas pode ser veiculada caso exista uma organização, uma instituição, ou seja, uma estrutura organizativa-operativa conformada pelo direito e dotada de uma personalidade e autonomização próprias, distintas e dissimilares dos seus dirigentes ou detentores do capital social, capaz de dialogar socialmente, prestar garantias e de ser um *“ator corporativo”*¹¹².

Portanto, nem todas as pessoas jurídicas e as entidades aqui equiparadas são, se bem se entende, entes coletivos suscetíveis de responsabilização penal. Para este efeito, é necessário que pré-exista uma conformação para o direito, uma estrutura organizativa-

¹⁰⁹ Brito, Teresa Quintela de, *Responsabilidade Criminal de Entes Coletivos: algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal*, cit., página 48, nota de rodapé 12.

¹¹⁰ Brito, Teresa Quintela de, *Responsabilidade Criminal de Entes Coletivos: algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal*, cit., página 47.

¹¹¹ Brito, Teresa Quintela de, *Responsabilidade Criminal de Entes Coletivos: algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal*, cit., nota de rodapé 10.

¹¹² Brito, Teresa Quintela de, *Responsabilidade Criminal de Entes Coletivos: algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal*, cit., página 48.

operativa, dotada de meios materiais e humanos que lhe permitam subsistir, funcionar, gerar postos de trabalho e fomentar a economia.

Aqui, é possível enquadrar as associações de qualquer natureza ou finalidade (estritamente civil, político-partidária, de trabalhadores, desportiva e etc.), as sociedades comerciais, as sociedades desportivas, as fundações, as pessoas coletivas religiosas, as cooperativas, os agrupamentos complementares de empresas e os agrupamentos europeus de interesse económico. Todavia, ficam excluídos deste leque os patrimónios autónomos, as comissões especiais, as sociedades comerciais até à data do registo comercial definitivo do seu contrato social¹¹³, o condomínio e os navios¹¹⁴.

Deste elenco legal, excecionam-se assim: (i) o Estado; (ii) as pessoas coletivas que atuem no exercício de prerrogativas do poder público (ou de poderes de soberania); e (iii) as organizações de direito internacional público, nos termos do disposto no número 2 do artigo 11.º do Código Penal.

Deste modo, poder-se-ão enquadrar na segunda exceção *supra* mencionada - as pessoas coletivas que atuem no exercício de prerrogativas do poder público (ou de poderes de soberania) - os organismos da administração central, regional e local do Estado; as entidades privadas a quem a lei confere estatuto de pessoa coletiva de utilidade pública administrativa, como por exemplo a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, quando atua com poderes de autoridade para o processamento de contraordenações cometidas ao abrigo da atividade de jogos sociais que gere; as empresas que têm legais prerrogativas de proceder à autuação de infrações contravencionais, como por exemplo as concessionárias da gestão das infraestruturas rodoviárias no que se refere à instauração do auto de transgressão; e ainda as ordens profissionais¹¹⁵.

Por outro lado, a terceira exceção elencada - as organizações de direito internacional público - compreende-se pela possibilidade de responsabilização jurídico-internacional dos próprios Estados soberanos que as integram, não abrangendo assim as pessoas

¹¹³ Seja por via de documento particular de constituição autenticado ou por via de instrumento notarial escritura pública de constituição.

¹¹⁴ Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, cit., página 84.

¹¹⁵ Alves, Núbia Nascimento, *As exceções de punibilidade referidas no artigo 11.º do Código Penal português e o caso das entidades prestadoras de cuidados de saúde*, cit., página 129, nota de rodapé 26.

coletivas de direito internacional privado, tais como a igreja católica e outras organizações confessionais e também as organizações não-governamentais¹¹⁶.

Estas exceções às entidades responsabilizáveis criminalmente concretizam o critério sustentado nas Decisões-Quadro da União Europeia e nas Convenções do Conselho da Europa, expresso no Relatório Explicativo do Segundo Protocolo da Convenção Relativa à Proteção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias, aprovado pelo Conselho em 12 de março de 1999.

O principal argumento em defesa da exclusão de punibilidade destas entidades funda-se, essencialmente, na sua própria natureza e finalidade, isto é, no interesse e prossecução do bem social, uma vez que nunca seria o intuito desta entidade a prática de qualquer crime. Isto mesmo que a entidade venha a ser aproveitada e utilizada como instrumento para o cometimento de crimes pelos seus dirigentes, o que se concretiza como uma circunstância diferente da admissão da sua constituição com o propósito exclusivo e predominante da prática de atos ilícitos.

A par deste fundamento, acrescenta-se, ainda, o facto da possibilidade de cumprimento de uma pena de multa por parte das pessoas coletivas públicas afetar a própria população, na medida em que o pagamento daquela seria suportado por esta, e ademais, sendo o Estado legitimado a deter o monopólio do direito punitivo, admitir a sua punibilidade equivaleria a convertê-lo num órgão auto-sancionador¹¹⁷.

Por outro lado, existem ainda autores que se demonstram favoráveis perante a responsabilização criminal do Estado e das entidades públicas assim excecionadas pela lei¹¹⁸.

A nosso ver, concordando essencialmente com a segunda corrente *supra* apresentada, seria importante que a interpretação da exclusão da responsabilidade penal das pessoas coletivas, que atuem no exercício de prerrogativas do poder público (ou de poderes de soberania), se fizesse de forma restritiva, sob pena de se estar a criar um regime legal díspar e arbitrário perante entidades semelhantes e situações de responsabilidade iguais.

¹¹⁶ Alves, Núbia Nascimento, *As exceções de punibilidade referidas no artigo 11.º do Código Penal português e o caso das entidades prestadoras de cuidados de saúde*, cit., páginas 129 e 130, nota de rodapé 27.

¹¹⁷ Alves, Núbia Nascimento, *As exceções de punibilidade referidas no artigo 11.º do Código Penal português e o caso das entidades prestadoras de cuidados de saúde*, cit., páginas 140 e 141.

¹¹⁸ Alves, Núbia Nascimento, *As exceções de punibilidade referidas no artigo 11.º do Código Penal português e o caso das entidades prestadoras de cuidados de saúde*, cit., página 140 e seguintes, citando Mário Meireles, Jorge dos Reis Bravo, Teresa Serra, Pedro Fernández Sánchez e Faria Costa.

Sem prejuízo disso, atenta a impossibilidade constitucional de se efetuar uma interpretação restritiva de normas penais favoráveis, diminuindo o seu campo de incidência e aumentando o seu campo de punibilidade, sem atentar concomitantemente contra o princípio da legalidade penal e da culpa, consagrados respetivamente no número 1 do artigo 29.º, no artigo 1.º e no número 1 do artigo 27.º da Constituição da República Portuguesa, resta-nos apenas aguardar pela futura ponderação do legislador.

b. Requisitos quanto ao agente: a pessoa singular

Estas pessoas jurídicas serão responsabilizadas criminalmente se o facto típico e ilícito for cometido (i) por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou (ii) por quem aja sobre a autoridade de pessoas que nelas assumam uma posição de liderança, em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou de controlo que lhes incumbem, contanto que, e em qualquer um destes casos, (iii) atuem em seu nome e em prossecução do seu interesse coletivo.

NÚBIA NASCIMENTO ALVES¹¹⁹ entende que o modelo de imputação penal adotado, denominado de “*modelo da responsabilidade do representante*” ou “*vicarius liability*”, é duplo: mantém o centro da imputação na pessoa singular que ocupa uma posição de liderança no quadro de direção do ente coletivo (comissão direta) ou noutra qualquer pessoa sob autoridade daquela, em virtude de violação dos deveres de vigilância (comissão indireta). Assim, a pessoa coletiva responde pelos comportamentos de quem atua em seu nome, sendo o nexo de imputação do facto punível determinado pelas ações e omissões dessa pessoa singular, com vista a prosseguir o interesse coletivo da pessoa jurídica.

Efetivamente, a responsabilidade criminal da pessoa coletiva depende sempre da existência de um nexo de imputação do facto a um agente da pessoa jurídica em causa, seja ele um líder ou um seu subordinado.

No mesmo sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE¹²⁰ entende que o critério de imputação aqui previsto é dúplice: ou (i) reside no cometimento da infração criminal em nome e no interesse da pessoa coletiva, por uma pessoa singular colocada em posição de

¹¹⁹ Alves, Núbia Nascimento, *As exceções de punibilidade referidas no artigo 11.º do Código Penal português e o caso das entidades prestadoras de cuidados de saúde*, cit., página 119 e seguintes.

¹²⁰ Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, cit., página 82.

liderança nessa pessoa coletiva ou equiparada, sendo esta posição de liderança baseada na sua pertença a um órgão da pessoa coletiva competente para tomar decisões em nome desta¹²¹, ou a um órgão da pessoa coletiva competente para fiscalizar aquelas decisões¹²², ou ainda na atribuição de poderes de representação pela pessoa coletiva àquela pessoa singular^{123 124} - o também apelidado de critério formal de imputação da responsabilidade penal; ou (ii) residirá no cometimento da infração criminal em nome e no interesse da pessoa coletiva, por qualquer pessoa singular que ocupe uma posição subordinada nessa pessoa coletiva, e o cometimento do crime se tenha tornado possível em virtude de uma violação pelas pessoas que ocupam uma posição de liderança dos seus deveres de controlo e de supervisão sobre os respetivos subordinados¹²⁵ - o também apelidado de critério material de imputação da responsabilidade penal.

Neste sentido, para imputar à pessoa coletiva os crimes praticados pelas pessoas físicas que estão em posição de liderança, ou por qualquer pessoa física sua subordinada, aqui em virtude da violação de deveres de vigilância ou de controlo, exige-se que a infração seja praticada em nome da sociedade e em obediência ao seu interesse coletivo, pois só desta forma se pode afirmar que o facto é fruto da vontade própria da pessoa coletiva.

Ademais, exige-se ainda que a vontade da pessoa coletiva seja formada em respeito aos preceitos legais e estatutários, ou seja, os estatutos sociais/pacto social/contrato de sociedade, que regulam os requisitos de formação dessa vontade coletiva.

¹²¹ Entenda-se nas sociedades comerciais por quotas: a assembleia geral ou a gerência; e nas sociedades comerciais anónimas: a assembleia geral ou o conselho de administração.

¹²² Entenda-se, por exemplo, nas sociedades comerciais anónimas o conselho fiscal ou o fiscal único efetivo e o seu suplente.

¹²³ Por via da outorga de um instrumento de delegação de poderes ou de uma procuração.

¹²⁴ *“A comissão direta do crime pelo líder da pessoa coletiva em seu nome e no interesse coletivo consiste na ação, dolosa ou negligente, do líder”*, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, cit., página 83.

¹²⁵ *“A comissão indireta do crime pelo líder da pessoa coletiva consiste na violação dos deveres de vigilância ou controlo que incumbem, do ponto de vista estatutário, ao líder. Só podem ser imputadas violações que se refiram a deveres que se encontrem na esfera da competência do líder. Por exemplo, se um crime é cometido por agente subordinado da área comercial da pessoa coletiva, os deveres de vigilância e controlo cabem ao chefe da área comercial, mesmo que este não se encontre em relação hierárquica direta com o subordinado”*, *idem*.

Deste modo, para imputar o crime à pessoa coletiva é preciso provar que o facto típico e ilícito resulta da vontade da coletividade, vontade esta que tem de respeitar as condições legais e estatutárias e de formação da vontade das sociedades^{126 127}.

Concomitantemente, este critério de imputação, para além de concretizar rigorosamente os requisitos europeus nesse sentido, é delimitado da seguinte forma: (i) respeita o princípio da legalidade criminal, porque é taxativo e não enunciativo; (ii) centra a responsabilidade criminal das pessoas coletivas nos atos das pessoas colocadas em posição de liderança dentro dessa mesma pessoa coletiva¹²⁸; (iii) esclarece o conteúdo da posição de liderança¹²⁹; (iv) esclarece igualmente que, quer os atos das pessoas colocadas em posição de liderança, quer os dos seus subordinados, só são imputáveis à pessoa coletiva se tiverem sido praticados em nome e no interesse desta; e (v) clarifica ainda o nexo de imputação dos atos das pessoas subordinadas, pois estes só são imputáveis se realizados em nome e no interesse da pessoa coletiva e se as pessoas colocadas em posição de liderança não tiverem exercido ou tiverem exercido deficientemente o seu poder de controlo e de supervisão sobre os subordinados que se encontrem sob a sua autoridade¹³⁰.

Em jeito de súmula, nesta construção, *ab initio*, qualquer facto penal pode ser cunhado ou moldado por uma organização e cometido através de um domínio da organização para a sua comissão¹³¹. Uma organização de que é titular a pessoa jurídica e que, por meio das pessoas que nela exercem uma posição de liderança, determina os elementos essenciais do crime através de condições criminógenas de estruturação ou funcionamento e/ou de uma filosofia de atuação que contesta a vigência do entendimento penal¹³².

¹²⁶ Assunção, Filipa Vasconcelos de, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas – Em Especial a Problemática da Culpa*, cit., página 78.

¹²⁷ Entenda-se aqui, por exemplo, requisitos estatutários específicos de deliberação de certas matérias apenas pela assembleia geral ou pelo órgão de administração/gerência, isto é, alteração dos estatutos sociais, nomeação e destituição de órgãos sociais, instauração de ações cíveis, entre outros.

¹²⁸ Exatamente como o fazem o Direito da União Europeia e o Conselho da Europa, nos termos expressos no relatório explicativo do segundo protocolo à convenção sobre a proteção dos interesses financeiros da UE, tendo este relatório sido aprovado pelo Conselho em 12 de março de 1999 e publicado no jornal oficial em 31 de março de 1999.

¹²⁹ Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, cit., página 83.

¹³⁰ *Idem*, nota 18 e Paulo Pinto de Albuquerque, *A responsabilidade criminal das pessoas coletivas ou equiparadas*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 66, volume II, setembro, 2006, página 640 e seguintes.

¹³¹ Brito, Teresa Quintela de, *Responsabilidade criminal de entes coletivos: algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal*, cit., página 46.

¹³² *Idem*.

À conformação da organização para a prática do crime tem, assim, de acrescer a realização do facto de conexão pelo líder: (i) diretamente ou por “mão própria”, ou (ii) por intermédio do seu domínio da organização (*rectius*: de um dos seus setores), paralisando, durante a fase executiva, os respetivos poderes funcionais de direção e de supervisão¹³³.

Importa agora analisar em detalhe cada requisito para que a entidade jurídica possa ser responsabilizada por factos praticados por um seu agente singular.

1. A posição de liderança

Nos termos da lei, entende-se que ocupam uma posição de liderança: (i) os membros dos seus órgãos sociais e os representantes da pessoa coletiva; e (ii) quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua atividade, isto é, da prossecução do seu objeto social.

Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE¹³⁴, a pessoa que ocupa uma posição de liderança (o líder) é a pessoa com função de direção, administração ou fiscalização da atividade da pessoa coletiva ou membro de qualquer órgão de direção, administração (seja membro executivo ou não-executivo) e fiscalização.

O representante da pessoa coletiva que tem poderes de atuação em seu nome e no seu interesse também é considerado como pessoa que ocupa uma posição de liderança, como o é também o representante de facto da pessoa coletiva que atue em nome e no interesse dessa entidade.

De salientar ainda que, para este caso, relevam tanto os poderes de representação legal (“*power of representation of the legal person*”) como os poderes de facto de representação (“*authority to take decisions on behalf of the legal person*”)¹³⁵.

Ademais, nos casos de sucursal, agência, filial ou delegação, a posição de liderança caberá à pessoa que nela tem autoridade para exercer o controlo da respetiva atividade, o chamado representante legal.

¹³³ *Idem*.

¹³⁴ Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, cit., página 75 e seguintes.

¹³⁵ Neste sentido, vide Acórdão do Tribunal Constitucional número 395/2003, relator: Mário Torres, processo número 134/03, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030395.html>

Aqui, o critério de imputação da responsabilidade penal afere-se pela conduta (por ação ou por omissão) do respetivo diretor, gerente ou administrador à data da prática do facto típico e ilícito¹³⁶.

Para além das pessoas singulares a quem tenham sido atribuídos poderes de representação pela pessoa coletiva, e as pessoas singulares que pertençam a um órgão da pessoa coletiva com poderes para tomar decisões em seu nome ou com poderes para fiscalizar aquelas mesmas decisões, o número 4 do artigo 11.º do Código Penal prevê ainda a responsabilização criminal das pessoas com autoridade para exercer o controlo da atividade da entidade jurídica.

Estas pessoas singulares, apesar de possuírem poderes de direção e de controlo, não são membros dos órgãos sociais, nem representantes da mesma - entenda-se, neste caso, o procurador - não tendo poder para formar a vontade da sociedade. Enquadramos aqui as pessoas a quem a administração da sociedade delega poderes de autoridade, atribuindo-lhes competências de controlo e de domínio sobre departamentos de atividade para que, em situações específicas, possam decidir, e ainda os respetivos responsáveis e encarregados de setores da atividade comercial.

2. A violação dos deveres de vigilância ou de controlo

A par do critério formal *supra* mencionado e previsto na alínea a) *in fine*, prevê a alínea b) do número 2 do artigo 11.º do Código Penal a chamada “*culpa in vigilando*” dos seus dirigentes.

Aqui, a violação dos deveres funcionais de cuidado, de diligência e de controlo por parte de quem, na sociedade, ocupa uma posição de liderança, face a um terceiro subordinado¹³⁷, origina a responsabilização penal daquela. Isto porque o líder não exerce, ou não exerce corretamente, o seu dever de garante relativamente à não comissão de crimes na área ou setor de atividade da sociedade da sua responsabilidade e controlo.

Salienta-se ainda que a violação dos deveres de cuidado pode resultar de ação ou de mera inação ou inércia do líder, consistindo, por exemplo, na omissão de ordens diante

¹³⁶ Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, cit., página 83.

¹³⁷ Nas palavras de Teresa Quintela de Brito: “*casos em que ele executa o facto por intermédio do domínio que exerce sobre o âmbito social em que o mesmo facto acontece*”, *Responsabilidade Criminal de Entes Coletivos, algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal*, cit., página 61.

de práticas ilegais dos seus subordinados. Em qualquer destes casos, a violação dos deveres de cuidado pode ser dolosa ou negligente, consistindo, por exemplo, na transmissão errada de ordens de serviços e instruções¹³⁸, que sempre seriam emanadas.

Assim, é aqui essencial, para a responsabilização penal da pessoa coletiva, que seja possível imputar o facto típico e ilícito ao líder, ao representante da sociedade que nesta ocupa uma posição de liderança, em virtude da violação por aquele dos seus deveres funcionais de vigilância e de controlo da atuação do subalterno.

3. Em nome e no interesse da entidade jurídica

Como pressuposto material para a responsabilização penal das pessoas coletivas, o nosso Código Penal prevê, enquanto fator essencial e determinante, que o facto típico e ilícito seja praticado em nome da sociedade e em observância ao seu interesse coletivo.

No entanto, a atuação em nome da sociedade não se assume como um elemento constitutivo do crime, mas apenas e somente como condição da sua imputação à pessoa coletiva¹³⁹.

Por conseguinte, para efeitos de enquadramento da atuação da pessoa singular em nome da sociedade é preciso ter em conta o conceito de ato funcional, pois apenas o ato que assim for considerado poderá ser alvo de sanção criminal.

Nas palavras de TERESA QUINTELA DE BRITO, “*entende-se realizada “em nome” da pessoa jurídica, a infração funcional, isto é, praticada no exercício e em conexão com o com o exercício das funções, em que o agente foi investido pela pessoa jurídica e que o habilitaram para a comissão do ilícito*”¹⁴⁰.

A nosso ver, o ato funcional mais não é do que aquele que é praticado dentro da competência da pessoa singular, estando esta habilitada para tal, e em nome e no interesse da sociedade. Assim, consideram-se praticados dentro da competência da pessoa singular, todos aqueles atos que encontrem uma previsão legal, estatutária ou parassocial, o que, por inerência, a tornará também habilitada para o efeito.

¹³⁸ *Idem.*

¹³⁹ Assunção, Filipa Vasconcelos de, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas – Em Especial a Problemática da Culpa*, cit., página 82.

¹⁴⁰ Brito, Teresa Quintela de, *Responsabilidade Criminal de Entes Coletivos: algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal*, cit., páginas 56 e 57.

Salientamos apenas o cenário particular previsto no número 4 do artigo 391.º do Código das Sociedades Comerciais. Aqui, mesmo para além do prazo previsto para o mandato dos administradores, nomeados em sede de assembleia geral e registado comercialmente, presume-se que, e até nova nomeação, aqueles se mantêm em efetividade de funções. Não existe no Código das Sociedades Comerciais semelhante previsão para a gerência, contudo, e por via de regra, estes não costumam ser designados com mandato associado. Caso o sejam, é do nosso entender que o preceito *supra* mencionado deve aqui ser aplicado analogicamente.

Por outro lado, no que se refere ao interesse coletivo, como requisito material para a punibilidade das pessoas coletivas - e não nos alongando nesta temática onde persiste avolumada divergência doutrinária - entendemos que o prosseguimento do interesse coletivo passa pela atuação do agente singular tendo em vista os fins societários a que a sociedade, por intermédio dos seus sócios/acionistas, se propôs atingir quando fixou o seu objeto social, desde que dessa atuação surja um proveito económico para aquela.

Assim, quando da sua atuação já não resulte nenhum benefício económico-financeiro para a sociedade, mesmo que a longo prazo, entendemos que o seu representante não a deve efetuar e que estará na altura de a sociedade (no seu todo) repensar a sua existência e funcionamento.

Uma vez que a sociedade é constituída com um proveito económico, pois de outro modo existem diversos instrumentos jurídico-legais mais adequados, como uma associação de direito privado, uma cooperativa ou um agrupamento complementar de empresas, quando esse benefício deixa de figurar, pensamos estar na altura dos titulares das participações sociais repensarem a existência desta figura jurídica.

Por conseguinte, não pode a sociedade ser responsabilizada criminalmente por atos praticados por uma pessoa singular que, mesmo permanecendo no seio daquela, não detenha um título de habilitação para a sua prática - um seu líder (preenchendo, por esta via, o requisito da prática do ato em seu nome) - e que, concomitantemente, não tenha intervindo na sua prática, tendo em vista o seu interesse social, na medida em que dessa atuação surja um benefício económico-financeiro para aquela, e desde que tal ato se inclua na prossecução do seu objeto social (preenchendo o requisito da prática do ato tendo em conta o interesse social).

c. Âmbito de aplicação objetivo

O número 2 do artigo 11.º *in fine* do Código Penal Português tipifica os crimes pelos quais as entidades jurídicas podem ser responsabilizadas criminalmente, em ordem ao denominado princípio da tipicidade legal.

Ao contrário do ordenamento jurídico francês, onde as entidades coletivas podem ser responsabilizadas por todos os delitos que cometam, o nosso legislador optou por tipificar, desde logo, os factos típicos e ilícitos e a sua sanção nestes casos em específico.

A nosso ver, esta opção consubstancia-se apenas no facto daquele, por esta via, acentuar claramente que esta criminalização é, e continua a ser, excecional no nosso ordenamento jurídico, limitando o elenco de crimes em relação aos quais se pode responsabilizar criminalmente uma pessoa coletiva.

Por conseguinte, as pessoas coletivas e entidades equiparadas são responsáveis pelos crimes previstos nos artigos: 152.º-A, maus tratos; 152.º-B, violação de regras de segurança; 159.º, escravidão; 160.º, tráfico de pessoas, 163.º, coação sexual, 164.º, violação, 165.º, abuso sexual de pessoa incapaz de resistência e 166.º, abuso sexual de pessoa internada, sendo a vítima menor; 168.º, procriação artificial não consentida; 169.º, lenocínio; 171.º, abuso sexual de crianças; 172.º, abuso sexual de menores dependentes; 173.º, atos sexuais com adolescentes; 174.º, recurso à prostituição de menores; 175.º, lenocínio de menores; 176.º, pornografia de menores; 217.º, burla; 218.º, burla qualificada; 219.º, burla relativa a seguros; 220.º, burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços; 221.º, burla informática e nas comunicações; 222.º, burla relativa a trabalho ou emprego; 240.º, discriminação racial, religiosa ou sexual; 256.º, falsificação ou contrafação de documento; 258.º, falsificação de notação técnica; 262.º, contrafação de moeda; 263.º, depreciação do valor de moeda metálica; 264.º, passagem de moeda falsa de concerto com o falsificador; 265.º, passagem de moeda falsa; 266.º, aquisição de moeda falsa para ser posta em circulação; 267.º, títulos equiparados a moeda; 268.º, contrafação de valores selados; 269.º, contrafação de selos, cunhos, marcas ou chancelas; 270.º, pesos e medidas falsos; 271.º, atos preparatórios; 272.º, incêndios, explosões e outras condutas especialmente perigosas; 273.º, energia nuclear; 274.º, incêndio florestal; 275.º, atos preparatórios; 276.º, instrumentos de escuta telefónica; 277.º, infração de regras de construção, dano em instalações e perturbação de serviços; 278.º, danos contra a natureza; 278.º-A, violação de regras urbanísticas; 278.º-B, dispensa ou atenuação da pena; 279.º, poluição; 279.º-A, atividades perigosas para o ambiente; 280.º, poluição com

perigo comum; 281.º, perigo relativo a animais ou vegetais; 282.º, corrupção de substâncias alimentares ou medicinais; 283.º, propagação de doença, alteração de análise ou de receituário; 299.º, associação criminosa; 335.º, tráfico de influência; 348.º, desobediência; 353.º, violação de imposições, proibições ou interdições; 363.º, suborno; 367.º, favorecimento pessoal; 368.º-A, branqueamento; 372.º, recebimento indevido de vantagem; 373.º, corrupção passiva; 374.º, corrupção ativa; 374.º-A, Agravação; 374.º-B, Dispensa ou atenuação da pena; 375.º, Peculato; 376.º, Peculato de uso, todos do Código Penal.

Perante esta tipificação, a opção legislativa não está, de todo, isenta de críticas. Para quem concorda com a mesma, sustenta-se o facto de resultar de orientações político-criminais nacionais e internacionais. Ao invés, para quem discorda com ela, questiona-se, sobretudo, a razão para que os crimes contra o património tenham ficado de fora deste elenco legal, principalmente o furto, tendo-se optado por incluir por exemplo os crimes contra a liberdade sexual.

Refere ainda MÁRIO PEDRO MEIRELES¹⁴¹ que, não é compreensível por que motivo se excluiu do catálogo de crimes, suscetíveis de serem perpetrados pelas pessoas coletivas, o crime de homicídio: *“é ou não razoável pensar na possibilidade de, no âmbito de uma sociedade comercial ou de outra natureza, por falta de adequada formação profissional, por falta de condições de trabalho, por violação de legis artis ou devido à conjugação de todos estes fatores e outros, imputáveis à organização/gestão da pessoa coletiva, ser imputável à pessoa coletiva enquanto organização o falecimento de um seu trabalhador ou de um seu cliente/utente/utilizador/paciente?”* E a seu ver, a resposta só poderá ser afirmativa.

Sem prejuízo da posição que se assuma, e tendendo a concordar com a esta última, o princípio da legalidade não permite que as entidades jurídicas, por nós configuradas como estruturas organizativas-operativas, possam ser responsabilizadas para além do disposto no normativo legal e em legislação extravagante, pelo que nos resta - e mais uma vez - aguardar para que, *de iure condendo*, o legislador possa tomar outra posição.

No que se refere à pena aplicável, em caso de responsabilização penal da entidade jurídica, prevê o artigo 90.º-A, do capítulo vi: pessoas coletivas, do título iii: das consequências jurídicas do facto, do Código Penal, que lhes são aplicáveis as penas

¹⁴¹ Meireles, Mário Pedro, *A responsabilidade penal das pessoas coletivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Penal ditada pela lei 59/2007, de 4 de setembro: algumas notas*, cit., página 129.

principais de multa ou de dissolução, e ainda as penas acessórias de (i) injunção judiciária, (ii) interdição do exercício de atividade, (iii) proibição de celebrar certos contratos ou contratos com determinadas entidades, (iv) privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos, (v) encerramento de estabelecimento e (vi) publicidade da decisão condenatória.

Estas medidas são melhor discriminadas nos artigos: 90.º-B, pena de multa; 90.º-C, admoestação; 90.º-D, caução de boa conduta; 90.º-E, vigilância judiciária; 90.º-F, pena de dissolução; 90.º-G, injunção judiciária; 90.º-H, proibição de celebrar contratos; 90.º-I, privação de direito a subsídios, subvenções ou incentivos; 90.º-J, interdição do exercício de atividade; 90.º-L, encerramento de estabelecimento; e 90.º-M, publicidade da decisão condenatória, todos do Código Penal.

Para MÁRIO PEDRO MEIRELES¹⁴², o entendimento correto teria sido estabelecer as penas de multa, dissolução, caução de boa conduta, vigilância judiciária, proibição de celebrar contratos, privação de direito a subsídios, subvenções ou incentivos, interdição do exercício de atividade, encerramento de estabelecimento e a publicidade da decisão condenatória, permitindo a sua cumulação entre si, tendo em conta as penas e os casos em concreto.

A nosso ver, esta teria sido igualmente a melhor solução a adotar. Não tendo sido, parece-nos que tem de ser possível cumular várias penas acessórias com a principal de multa, uma vez que o legislador não o proibiu expressamente.

d. O princípio da responsabilidade cumulativa

O número 7 do artigo 11.º do Código Penal prevê que a responsabilidade penal das pessoas coletivas e entidades equiparadas não exclui a responsabilidade individual dos respetivos agentes, nem depende da responsabilização destes.

Nas palavras de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE¹⁴³, a responsabilidade criminal dos agentes da pessoa coletiva ou entidade equiparada não é excluída pela responsabilidade criminal da própria pessoa coletiva ou entidade equiparada, mas a responsabilidade criminal desta depende sempre da existência de um nexo de imputação do facto a um agente da pessoa coletiva (seja ao líder seja ao agente subordinado).

¹⁴² *Idem*.

¹⁴³ Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, cit., página 85.

Entende ainda que a parte final do número 7 (“*nem sempre depende da responsabilização destes*”) deve ser devidamente interpretada: ela significa apenas que pode verificar-se a responsabilidade da pessoa coletiva ou entidade equiparada sem que possa responsabilizar-se o agente que tiver atuado. Por exemplo, haverá responsabilidade da entidade jurídica no caso em que o líder induz o agente subordinado que tiver atuado em erro sobre os pressupostos de facto do tipo ou no caso em que o líder deu uma ordem ao agente subordinado que atuou em erro sobre a licitude da ordem. Aqui, o agente subordinado não tem responsabilidade criminal, mas a entidade jurídica terá, tal como o líder, mas agora a título individual (é sempre imprescindível que se possa imputar o facto típico e ilícito a um agente singular da pessoa coletiva).

Com a consagração deste princípio visa-se, essencial e primeiramente, garantir a igualdade dos cidadãos perante a lei, uma vez que a atuação do líder em representação da entidade jurídica não é motivo de exclusão da sua própria responsabilidade, na medida em que todos os agentes devem responder de modo igual pelos crimes que cometem. Em segundo lugar, quando o agente pratica o facto típico e ilícito em nome e no interesse do coletivo, estamos sempre perante uma dupla vontade e culpabilidade. E, por fim, só com a punição de ambos, o agente e a própria entidade jurídica, se alcançam em pleno os fins da prevenção criminal, tendo em conta que o crime é responsabilidade daqueles de igual forma, pois apesar do ato ser apenas um, existe uma culpa do agente singular diversa e autónoma da culpa da entidade jurídica.

Assim, afasta-se desde já a ideia de que este princípio da responsabilidade cumulativa conduz à violação do princípio constitucional do “*ne bis in idem*”, previsto no número 5 do artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa. Este princípio, prevendo que ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime, não prevê que mais do que uma pessoa possa ser responsabilizada pelo mesmo crime, o que aqui sucede - existem vários responsáveis pelo mesmo crime, o que exige que se punam todos os seus intervenientes¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Assunção, Filipa Vasconcelos de, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas – Em Especial a Problemática da Culpa*, cit., páginas 88 e 89.

- iii. Dos critérios atributivos de responsabilidade penal à sociedade-dominante e/ou à sociedade-dominada

Urge agora centrar-nos nos elementos necessários e nos critérios essenciais para que, no seio de um grupo societário - e, em nosso entender, principalmente nos casos de coligação societária sob a forma de relação de domínio ou de grupo - seja possível, ou não, responsabilizar criminalmente a sociedade-dominante, por factos praticados por agentes singulares e no seio da sociedade-dominada.

- a. Elementos previamente necessários

- 1. O império da estrutura

A nosso ver, o elemento fulcral para a responsabilização criminal das entidades coletivas - tal como conformadas no ponto ii. *supra* - e perante o qual está aquela sempre condicionada, consubstancia-se na prévia existência de uma organização, de uma instituição conformada pelo direito e dotada de uma personalidade e de autonomização próprias e individualizadoras, capaz de distinção *per se*.

Assim, para que se possa equacionar a sua punição, tem de pré-existir um núcleo institucional de imputação de interesses diferenciados das pessoas que compõem os seus órgãos sociais e das que compõem o seu capital social, alicerçando-se numa estrutura organizativa-operativa.

Neste sentido, as pessoas jurídicas só podem responder criminalmente se, para além de se terem conformado e de terem dominado a organização para a execução do facto, por intermédio de quem nelas exerce autoridade sobre a atividade coletiva, efetivamente dominarem a organização para a não-comissão do crime. Sendo certo que as pessoas jurídicas dominam a organização para a não-comissão do crime se tiverem na sua disponibilidade efetiva as medidas organizativas, de gestão e de fiscalização idóneas e necessárias para obstar à sua prática¹⁴⁵.

Este domínio da organização ou da instituição para a não-comissão do facto típico e ilícito apresenta-se assim, se bem se julga, como o fundamento específico da culpa

¹⁴⁵ Brito, Teresa Quintela de, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e "actuação em lugar de outrem"*, cit., página 1809.

jurídico-penal das pessoas coletivas, conforme deve resultar do disposto no número 6 do artigo 11.º e igualmente do artigo 90.º-F, todos do Código Penal. Este fundamento justifica a sua existência por duas ordens de razão: (i) pela circunstância das entidades jurídicas atuarem *ratione naturae* através dos seus líderes; e (ii) por se relacionarem com o direito penal através da sua estrutura organizativa-operativa¹⁴⁶.

Por conseguinte, exige-se aqui que a própria entidade jurídica, enquanto instituição, e nas pessoas dos seus representantes, a título de gerentes, administradores, diretores ou mesmo de procuradores, possa dominar tanto a cunhagem e a execução na comissão do ilícito, como a sua não comissão, a fim de poder ser jurídico-criminalmente censurada pela sua prática¹⁴⁷.

Ora, apenas quando a própria organização conseguir determinar a feitura do facto típico e ilícito, os seus moldes e trâmites de execução, quem o pratica e o seu resultado, conformando-se e aceitando-o, tendo como alternativa a possibilidade de não o praticar, é aquela uma entidade jurídica suscetível de responsabilidade penal.

Concomitantemente, quando estamos perante um grupo societário (particularmente nos casos de coligação societária sob a forma de relação de domínio ou de grupo), este requisito essencial da prévia existência de uma estrutura organizativa-operativa conformada pelo direito torna-se determinante para o apuramento da responsabilização criminal.

Apenas quando uma sociedade domina de tal forma todo o grupo - designado de direito ou, de outro modo, apresentando-se como um grupo de facto - é possível descortinar entre estas uma única estrutura organizativa-operativa. Assim, quando estamos perante pressupostos, factos e ocorrências que nos evidenciam que todo o grupo societário é gerido por uma única sociedade, sendo esta quem dispõe dos meios materiais e humanos para a prática do ilícito, quem ordena a sua feitura, quem manipula e gere o dia-a-dia das restantes sociedades suas subordinadas, verificamos estar perante aquilo a que chamamos de *império da estrutura*.

E, segundo o nosso entendimento, este *império da estrutura* pode provir de duas situações: (i) a detenção pela sociedade-mãe do capital social das sociedades-filhas, nos

¹⁴⁶ *Idem*.

¹⁴⁷ Brito, Teresa Quintela de, *Responsabilidade penal em grupos de empresas: situações e critérios de atribuição de responsabilidade penal à filial e/ou à empresa mãe de um grupo*, Curso de Outono, Direito Penal da Pessoa Coletiva, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 13 de outubro de 2014, página 8.

casos de coligação societária sob a forma de relação de grupo, consagrando-se assim o chamado grupo de direito, tendo a primeira o direito e o poder de dispor dos meios humanos e materiais da segunda, sendo certo que os exerce em concreto; ou (ii) a existência de uma influência dominante, determinante e acérrima de uma sociedade perante a outra, gerando assim um grupo de facto, o que se verifica sobretudo nos casos de coligação societária sob a forma de relação de domínio.

Assim se conclui que, também a prévia verificação de um grupo de direito, não dá lugar, a nosso ver, e só por si, à existência de um *império da estrutura* e, concomitantemente, à responsabilização criminal da sociedade-mãe/dominante/diretora por factos puníveis emergentes de outras sociedades do grupo. Igualmente aqui é necessário que a sociedade-mãe efetive, em concreto, a gestão da sociedade-filha, dando-lhe ordens e substituindo-se no cumprimento das mesmas, decidindo a sua atividade comercial e pondo e dispondo dos seus meios materiais e humanos.

Deste modo, para efeitos de responsabilização da sociedade-mãe/dominante pelos factos puníveis que irrompem da sociedade-filha/dominada, não basta a mera suscetibilidade de exercício de uma direção unitária sobre esta última.

É aqui necessário que a aquela primeira participe efetivamente na gestão da sociedade-dominada ou que a substitua nessa mesma gestão¹⁴⁸. Isto porque, para a sua punição, será sempre necessário que o facto típico e ilícito seja praticado por quem nesta e naquela exerce uma posição de liderança, e em seu nome e no seu interesse coletivo. Só por esta via se cumpre o desígnio do princípio constitucional da culpa pelo facto pessoal, *i.e.*, o sujeito da sanção criminal terá sempre de coincidir com o sujeito do facto típico e ilícito.

Em suma, só se poderá passar para o patamar seguinte, ou seja, o da verificação em concreto do segundo elemento necessário e dos critérios essenciais para efeitos de punição penal da sociedade-mãe/dominante e/ou da sociedade-filha/dominada, após uma conclusão afirmativa face à existência de um *império da estrutura*, tal como aqui descrito.

2. A via útil

¹⁴⁸ Brito, Teresa Quintela de, *Responsabilidade penal em grupos de empresas: situações e critérios de atribuição de responsabilidade penal à filial e/ou à empresa mãe de um grupo*, cit., página 2.

A por nós designada como *via útil* corresponde às situações em que a sociedade-mãe/dominante se apropria de uma entidade jurídica para o cometimento de ilícitos, com vista a obviar à sua própria responsabilização criminal.

Primeiramente, um desses cenários possíveis passa pela verificação da existência das chamadas “*sociedades-espantinho*”¹⁴⁹.

A estas, as sociedades-dominadas, não é legítimo dirigir um juízo de censura pela prática do facto, porque não estava na sua disponibilidade fáctico-económica a adoção das medidas organizativas, de gestão e de supervisão necessárias e adequadas a obstar à ocorrência do mesmo.

Aqui, face à existência do *império da estrutura* por parte da sociedade-dominante, a sociedade-dominada mais não é do que um escudo, um amparo, uma *via útil* para a comissão de crimes por parte da primeira.

Esta situação poderá eventualmente proliferar com maior frequência nos casos já chamados de grupo de facto, nos quais a sociedade-dominante por meio do controlo das infraestruturas, dos meios materiais ou dos meios humanos da sociedade-dominada, utiliza-a como apoio, para que lhe sirva de escudo à prática dos seus fins ilícitos.

Paralelamente, outros casos há em que a simples integração vertical da sociedade-filha na estrutura institucional da sociedade-mãe, conjuntamente com o predomínio do elemento do *império da estrutura* e a substituição, pela sociedade-mãe, na direção da sociedade-filha, propiciam a prática de ilícitos por esta última, mas com a sua responsabilização criminal a ser imputada àquela outra primeira.

Estaremos aqui perante uma coligação societária sob a forma de relação de grupo (de direito), mas que, na prática, se consubstancia num “*grupo qualificado de facto*”, no qual a intensidade da gestão unitária, mediante integração vertical da sociedade dominada na organização da dominante, é tal que se torna impossível individualizar específicas medidas lesivas da primeira¹⁵⁰.

Nestes casos, em que a sociedade-mãe objetivamente se substitui na direção da sociedade-filha, *i.e.* ordena a prática de atos a funcionários, decide aquisições a fornecedores e vendas a clientes, define horários e contrata ou despede trabalhadores desta última, não se afigura necessária a prova do efetivo exercício da “*influência*

¹⁴⁹ Brito, Teresa Quintela de, *Responsabilidade penal em grupos de empresas: situações e critérios de atribuição de responsabilidade penal à filial e/ou à empresa mãe de um grupo*, cit., página 5.

¹⁵⁰ Oliveira, Ana Perestrelo de, e Miguel Sousa Ferro, *The sins of the son: parent company liability for competition law infringements*, cit., página 70 e página 64, respetivamente.

decisiva” por parte dos administradores e gerentes de direito da primeira, uma vez que bastará a prova de que a sociedade-filha se integra verticalmente na estrutura institucional da sociedade-mãe.

Assim, esta prova, respeitante à exclusão da culpa da sociedade-filha, à qual é imputada a prática do facto típico e ilícito, poderá ser apresentada no processo-crime contra ela corrente^{151 152}.

Por fim, resta-nos abordar os casos dos “*corporate vehicles*” da sociedade-mãe/dominante.

Nestes casos, é constituído um *special purpose vehicle/entity*, usual e abreviadamente designados por *SPV* ou *SPE*, que mais não são do que veículos ou entidades criadas com propósitos e fins específicos e restritos, por forma a isolar o risco da operação em causa e assumindo estes veículos as suas obrigações.

Por esta via, a sociedade-mãe abarca todo o risco da operação num só veículo - a sociedade-filha/dominada - mantendo a sua existência pelo tempo necessário à prática, exercício e desenvolvimento da atividade criminosa.

Por conseguinte, aqui serão gerados todos os lucros da prática criminosa, sendo estes depois repartidos, por via do mecanismo da distribuição de dividendos, para a sociedade-mãe, a entidade jurídica última de toda a operação.

Assim, perante a existência destes veículos com propósitos e fins ilícitos e específicos, de nada servirá a responsabilização penal destes quando o fim último passa por dismantelar toda a operação. Salvo melhor opinião, pela responsabilidade criminal do veículo apenas se conseguirá que o mesmo seja dissolvido e liquidado, pelo que, imediatamente a seguir, outro será criado em sua substituição.

Mais uma vez, este veículo não passa de um amparo, uma *via útil*, para que a sociedade-mãe/dominante possa praticar os factos típicos e ilícitos não pela sua própria mão, mas por intermédio de outrem que controla, gere e delimita.

¹⁵¹ Brito, Teresa Quintela de, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, cit., página 693. E continua referindo que “*tal prova não precisa traduzir-se na demonstração direta e irrefutável, por parte da sociedade arguida, da sua total falta de autonomia de gestão. Será suficiente que apresente suficientes elementos indiciários de heteronomia, que permitam ao tribunal extrair uma conclusão, a partir de sequências típicas de eventos, com base nas regras da experiência comum (artigo 127.º do Código Penal). O que nem se revelará particularmente difícil para a sociedade dominada, pois os factos e a informação (inclusive documental) necessários para o efeito relevam da sua própria relação com a sociedade dominante, aos quais a primeira tem naturalmente acesso privilegiado*”.

¹⁵² No mesmo sentido, Ana Perestrelo de Oliveira e Miguel Sousa Ferro, *The sins of the son: parent company liability for competition law infringements*, cit., página 81.

b. Critérios essenciais para efeitos de responsabilização penal da sociedade-dominante

Deste modo, e se bem se ajuíza, perante estes casos, a sociedade-filha/dominada é tão-somente uma *via útil* para o cometimento de factos típicos e ilícitos por parte da sua sociedade-mãe/dominante, e uma vez que não podemos, por todos os motivos explanados *supra*, considerar que aquela primeira seja uma estrutura organizativa-operativa conformada pelo direito e capaz de agir *per se*, e por isso mesmo responsável criminalmente, entendemos que são três os critérios fundamentais para que possamos considerar a sociedade-mãe/dominante como penalmente responsável:

- (a) A consideração dos representantes legais da sociedade-filha/dominada, os seus dirigentes de direito, como líderes de facto da sociedade-mãe/dominante¹⁵³;
- (b) Através do mecanismo jurídico do levantamento parcial do véu corporativo da sociedade-filha/dominada¹⁵⁴;
- (c) Com a consequente constatação da violação da confiança no *império*.

Importa agora desenvolver estes três critérios, por nós considerados como essenciais para efeitos de responsabilização criminal da sociedade-mãe/dominante por factos típicos e ilícitos cometidos no seio da sua sociedade-filha/dominada.

- 1. A consideração dos representantes legais da sociedade-filha/dominada, os seus dirigentes de direito, como líderes de facto da sociedade-mãe/dominante¹⁵⁵

Para a obtenção da responsabilidade criminal da sociedade-mãe/dominante pelo cometimento de factos típicos e ilícitos no seio da sociedade-filha/dominada, é imprescindível que se consiga qualificar os representantes legais desta última, na medida em que são os seus dirigentes de direito, *i.e.* quem aparece como vinculando a sociedade

¹⁵³ Brito, Teresa Quintela de, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, cit., página 698.

¹⁵⁴ Brito, Teresa Quintela de, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, cit., página 691.

¹⁵⁵ Brito, Teresa Quintela de, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, cit., página 698.

erga omnes na sua certidão permanente de registo comercial ou na respetiva ata da assembleia geral que delibera a sua nomeação¹⁵⁶, como líderes de facto da sociedade-mãe/dominante.

Efetivamente, foram os representantes legais da sociedade-filha/dominada que cometeram materialmente o facto punível, no entanto estes dirigentes foram investidos pela sociedade-mãe/dominante nessas mesmas funções de liderança, que exercem com carácter duradouro e sistemático na *via útil*, e que os habilitaram para a comissão do facto punível - no interesse da primeira e de todo o *império*¹⁵⁷.

Uma vez mais, o *império da estrutura* demonstra-se como elemento essencial para o apuramento da responsabilização penal. Apesar dos dirigentes de direito da sociedade-filha - os administradores, gerentes, procuradores ou quem nela ocupe uma posição que permita vinculá-la perante e para efeitos de terceiros - terem praticado o facto que dará azo à responsabilização criminal, na verdade, este facto foi moldado, concebido, engendrado e a sua execução dominada pela sociedade-mãe, dominante e estruturante de todo o *império*.

Só por esta via se garante que os requisitos legais, estipulados e previstos no artigo 11.º do Código Penal, para efeitos de responsabilização penal das pessoas jurídicas, se encontram todos assegurados, ou seja, alguém que ocupa uma posição de liderança na sociedade-mãe/dominante (seu dirigente “*de facto*”) cometeu o facto típico e ilícito (ainda que na sociedade-filha/dominada mas sob a égide e direção da sociedade-mãe/dominante) conformando-se com o seu resultado e em nome e no interesse da entidade jurídica (de todo o *império da estrutura*) tendo como alternativa a sua não-execução. Do mesmo modo, exclui-se a culpa da sociedade-filha/dominada porquanto não passa de uma mera *via útil*¹⁵⁸.

Esta solução respeita ainda a interpretação e aplicação restritivas da figura do administrador de facto, à qual se não deve recorrer sempre que os administradores/gerentes de direito permaneçam essencialmente livres na sua gestão,

¹⁵⁶ Tendo em conta que a sociedade dispõe de um prazo de dois meses para efeitos de registo comercial ordinário, ou a todo o tempo, com pagamento de coima emolumentar por extemporaneidade de registo, mas que tal não deve obstar ao correto registo do trato sucessivo societário.

¹⁵⁷ Brito, Teresa Quintela de, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, cit., página 698.

¹⁵⁸ Brito, Teresa Quintela de, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, cit., página 690 e seguintes.

apesar da obediência a instruções ou políticas gerais emanadas de terceiros¹⁵⁹. De facto, os administradores de direito da aqui chamada *via útil* não são livres na gestão da sua sociedade, antes pelo contrário, encontram-se subjugados à razão de funcionamento da sociedade-dominante de todo o *império*.

2. Através do mecanismo jurídico do levantamento parcial do véu corporativo da sociedade-filha/dominada¹⁶⁰

Tal como já anteriormente mencionado na alínea c) do inciso iv. do capítulo c. *supra*, as relações de domínio grupal são uma das situações potenciais, perante a concomitante existência de um *império da estrutura* e de uma *via útil*, se pode equacionar a utilização do mecanismo jurídico do levantamento do véu corporativo (também designado como desconsideração da personalidade coletiva).

A verdade é que, nestes casos, apesar da distinta personalidade jurídica das sociedades componentes do grupo, não estamos perante duas verdadeiras organizações ou instituições, dois seres de direito distintos e autónomos.

Ademais, aliando-se este fundamento ao imperativo da boa-fé, inexistindo outro mecanismo jurídico que nos permita chegar à mesma conclusão, por forma a obviar a esta situação de ilicitude por intermédio da existência de uma *via útil*, apraz que se use deste instituto, levantando-se parcialmente o véu corporativo e desconsiderando-se a personalidade coletiva da sociedade-filha, na medida do que for necessário e adequado ao caso em concreto.

Por esta forma, chegando-se a quem detém o poder, a organização e o funcionamento de toda a coligação societária, *i.e.* o *império desta estrutura*, que serão em última instância os líderes de facto da sociedade-dominante, alcança-se o fim pretendido com a responsabilização criminal: a captação da realidade material subjacente à personalidade jurídica coletiva. Sendo que esta consideração da realidade material subjacente à sociedade-dominada só é possível com o levantamento da personalidade jurídica desta, atingindo assim a sociedade-mãe, a dominante e a cabecilha de toda a ordenação criminosa que, por sua vez, tem em sua representação não somente os seus

¹⁵⁹ Oliveira, Ana Perestrelo de, e Miguel Sousa Ferro, *The sins of the son: parent company liability for competition law infringements*, cit., página 69.

¹⁶⁰ Brito, Teresa Quintela de, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e "actuação em lugar de outrem"*, cit., página 691.

próprios líderes de direito, mas também os líderes de facto provenientes da sociedade-veículo.

Tal como DIOGO COSTA GONÇALVES, partilhamos da mesma questão: “*afinal, o que é que em concreto se levanta? Desaparece pura e simplesmente a pessoa coletiva para aqueles efeitos jurídicos em causa? Pode o tribunal continuar a aplicar o Direito a modo coletivo, sem prejuízo do levantamento? Coabitará o levantamento com a manutenção do recuso à personificação quanto a outros aspetos do caso?*”¹⁶¹.

Concordamos com as suas respostas a estas questões, quando refere que o levantamento da personalidade coletiva é sempre parcial¹⁶². A entidade jurídica aqui subjacente poderá não ser, no seu todo, desconsiderada.

Neste sentido, e em consonância com o seu entendimento, poderemos falar de três tipos de levantamento: (i) o levantamento da imputação; (ii) o levantamento da limitação da responsabilidade; e (iii) o levantamento da organização.

Deste modo, circunscrevendo-se o levantamento do véu corporativo às três hipóteses *supra* mencionadas, poderemos concluir que a verificação de qualquer uma delas não implicará necessariamente a outra. Assim, um levantamento da imputação, onde o efeito jurídico que se afasta é a atribuição de situações jurídicas à pessoa coletiva *sub judice*, não implicará, necessariamente, um levantamento da limitação da responsabilidade ou um levantamento da organização, ou vice-versa.

Como igualmente refere, a imputação de um negócio jurídico aos sócios não implica que o credor deixe de contar com o património da sociedade como garantia do seu crédito. Do mesmo modo, a convocação do património dos sócios para responder pelas dívidas sociais não significa que o titular da situação jurídica deixe de ser a sociedade. Nem de outro modo poderia ser.

Se bem atendermos, nas nossas concretas situações, através do mecanismo do levantamento do véu corporativo da sociedade-filha/dominada, pretendemos somente atingir os seus líderes de direito para que os possamos considerar como líderes de facto da sociedade-mãe/dominante, pelo que tal desconsideração deverá ser parcial e na medida do necessário para atingir esse mesmo fim.

¹⁶¹ Gonçalves, Diogo Costa, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais, dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada*, cit., página 954.

¹⁶² Gonçalves, Diogo Costa, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais, dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada*, cit., páginas 976 a 978.

Nestes casos-tipo de relação grupal apresentados pela doutrina e pela jurisprudência, com a completude desta asserção da parcialidade da desconsideração da personalidade coletiva, assumimos que, na maior parte das vezes, os tipos de levantamento do véu corporativo efetuados serão o levantamento da limitação da responsabilidade e o levantamento da organização, e já não o da imputação.

Para efeitos de responsabilização penal da sociedade-mãe/dominante, é necessário e imprescindível que se possa imputar o facto típico e ilícito aos dirigentes de direito da sociedade-filha/dominada, na medida em que, só por essa via, poderão ser considerados como dirigentes de facto da sociedade-mãe, a que, *in fine*, queremos punir¹⁶³.

3. Com a consequente constatação da violação da confiança no *império*

O último critério desta escala de três, após a consideração dos representantes legais da sociedade-filha/dominada, os seus dirigentes de direito, como líderes de facto da sociedade-mãe/dominante, através da desconsideração parcial da personalidade coletiva daquela, passa pela constatação da violação da confiança no *império* levada a cabo por esta última.

Com o controlo da existência e funcionamento do *império da estrutura* pela sociedade-mãe/dominante, é legítimo à sociedade-filha/dominada que esta possa depositar a sua confiança na gestão e controlo de todo o grupo societário por parte daquela, mas sobretudo e principalmente do interesse do *império*, que corresponde ao usualmente chamado “*interesse de grupo*” (e que melhor já desenvolvemos no número 3 da alínea b) do inciso ii. do presente capítulo).

Não nos referimos aos líderes de direito da sociedade-filha que, para efeitos de responsabilização penal da sociedade-mãe são considerados como seus líderes de facto, aos que efetivamente praticaram o crime, mas a todos aqueles outros que com estes convivam, e que, também nestes, depositaram legitimamente a sua confiança, bem como em todo o funcionamento do grupo societário.

Assim, poderemos aqui incluir, por exemplo, chefes de secção, responsáveis de departamentos, gestores e angariadores de clientes, e, por fim, todos os restantes trabalhadores. A verdade é que, todos estes laboraram, geriram e cuidaram da sociedade-dominada para que esta pudesse crescer e florescer nos seus negócios e investimentos, na

¹⁶³ Brito, Teresa Quintela de, em conversa pessoal mantida aquando da orientação deste trabalho.

prossecução do seu objeto social. Todos estes construíram um pouco o interesse do *império*.

À partida, não será de esperar que a constituição e existência de uma sociedade se deva à prossecução de fins ilícitos ou à prática de crimes, pelo que, qualquer trabalhador, diretor, administrador ou gerente que para o desempenho das suas funções seja contratado ou designado, sem a prévia consciência daquela finalidade ilícita, não poderá ver a sua entidade empregadora ser alvo de tamanha injustiça.

Deste modo, há lugar à proteção da frustração na confiança no *império* da sociedade-filha/dominada e do seu substrato humano, confiança fundada na prévia existência do controlo intersocietário pela sociedade-mãe/dominante e, principalmente, na existência de um “*interesse do grupo*”.

Isto porque o *império da estrutura* é isso mesmo: um *império*, exercido pela sociedade-mãe e pelos seus líderes, através de um controlo intersocietário intrínseco sem limites e que, como tal, deve ser combatido na sua génese e raiz, por via da responsabilização penal desta e, concomitantemente, dos seus líderes de facto e de direito, mas sobretudo porque subjacente a este *império* está também, e principalmente, implícito um interesse do grupo.

A verdade é que todos os que compõem o substrato humano de cada uma das filiais do grupo societário contribuíram com o seu trabalho, o seu empenho e a sua dedicação para a construção do interesse do *império*, seja pela popularidade da marca, do produto ou até da própria empresa em si mesma.

Neste contexto, o ordenamento jurídico, mas principalmente o princípio da justiça, permitirão à sociedade-filha/dominada que a mesma continue a laborar e a florescer.

Se bem se julga, são estes os três principais critérios para que, perante um cenário de *império da estrutura*, o julgador possa concluir pela responsabilização penal da sociedade-mãe/dominante por factos típicos e ilícitos imputados à sociedade-filha/dominante - uma sociedade componente do seu *império*: primeiro, o mecanismo jurídico do levantamento parcial do véu corporativo da sociedade-filha/dominada¹⁶⁴; segundo, a consequente consideração dos representantes legais da sociedade-filha/dominada, os seus dirigentes de direito, como líderes de facto da sociedade-

¹⁶⁴ Brito, Teresa Quintela de, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, cit., página 690 e seguintes.

mãe/dominante¹⁶⁵; e, por último, a constatação da violação da confiança no *império*. Assim se fazendo jus ao princípio da justiça, proporcionalidade, subsidiariedade, necessidade e legalidade estruturantes do nosso Estado de direito democrático.

- c. Cometimento do facto típico e ilícito pela sociedade-mãe/dominante e pela sociedade-filha/dominada¹⁶⁶

Por outro lado, diferentemente dos casos acima referidos, são aqueles outros onde existe co-comissão do facto típico e ilícito por ambas as sociedades, *i.e.* dominante e dominada.

Aqui, perante a existência de líderes comuns a ambas as sociedades (na aceção de líder já mencionada) estamos diante de situações de comparticipação entre a sociedade-mãe/dominante e a sociedade-filha/dominada, sob a forma de coautoria ou de autoria mediata, podendo suscitar-se a responsabilização das duas sociedades, uma vez preenchidos os pressupostos de aplicação do artigo 11.º do Código Penal, em cada uma delas¹⁶⁷.

Segundo GÜNTHER HEINE¹⁶⁸, poder-se-á, *in casu*, verificar responsabilidade da matriz (em consequência da manifesta infração da prevenção estratégica ou de exigências funcionais da delegação) e da filial (em virtude de uma autónoma gestão defeituosa do risco). A sanção de cada uma determinar-se-á em função da qualidade e da quantidade da coresponsabilidade pelo dano e, assim, da culpabilidade pela condução da atividade empresarial, mas considerando ainda a necessidade preventiva de uma sanção para assegurar no futuro uma adequada regulação dos riscos.

No mesmo sentido, FERNANDO TORRÃO¹⁶⁹ admite que, pelo mesmo facto, sejam responsabilizadas as pessoas singulares que o praticaram, a sociedade-participada e, ainda

¹⁶⁵ *Idem.*

¹⁶⁶ *Idem.*

¹⁶⁷ *Idem.*

¹⁶⁸ *Apud* Teresa Quintela de Brito, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, *cit.*, página 701, nota de rodapé 1545.

¹⁶⁹ *Apud* Teresa Quintela de Brito, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, *cit.*, página 702, nota de rodapé 1546. O autor aponta ainda outra hipótese de comparticipação entre sociedades coligadas, que repartam entre si o processo produtivo de determinado bem, ou quando a uma caiba a produção e a outra a comercialização de um produto perigoso para a saúde dos consumidores.

a sociedade-participante no capital da outra, em função do comportamento adotado pelo seu representante no órgão diretivo daqueloutra.

Certo é que, nestes casos de comparticipação criminosa, em que os indivíduos que praticaram o ilícito se apresentam como líderes de direito da sociedade-dominante e também da sociedade-dominada, ocupando nestas uma posição de liderança capaz de as vincular perante terceiros, se verifiquem igualmente preenchidos todos os requisitos previstos para efeitos do número 2 do artigo 11.º do Código Penal, podendo ser por esta via responsabilizadas penalmente ambas as sociedades, na medida de culpa que a cada uma delas respeitar, sem prejuízo da responsabilidade que a título individual couber a cada um dos seus líderes.

E. ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO

A responsabilização penal do “*maravilhoso instrumento de capitalismo moderno*” de GEORGES RIPERT, desde cedo suscitou bastante discordância e vários entendimentos nos diversos ordenamentos jurídicos¹⁷⁰.

Atualmente, já muitos dos países admitem a responsabilização penal das pessoas jurídicas, como se pode verificar pelo Código Penal Francês e pelo Código Penal Belga que admitem a responsabilidade penal das pessoas coletivas para praticamente todos os crimes, sendo que, no caso do primeiro, a previsibilidade da responsabilidade penal das pessoas coletivas e equiparadas só é afastada pela natureza das coisas, quando se trate de delitos cujo fundamento da imputação se estabeleça por exclusiva referência a pessoas singulares.

Ainda, o Código Penal Holandês estende a responsabilização das entidades jurídicas a todo o direito penal, permitindo, além disso, que o Ministério Público persiga simultaneamente o indivíduo e a sociedade em causa, assim como organismos desprovidos de personalidade jurídica e pessoas coletivas de direito público.

Nos sistemas jurídicos pertencentes ao *common law* é adotada a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Aqui, a entidade jurídica é responsável por toda a infração penal que praticar.

O mesmo acontece no Código Penal de Cabo Verde e no Código Penal de Guiné-Bissau, consagrando-se expressamente a responsabilidade penal das pessoas coletivas.

Por outro lado, o Código Penal Suíço prevê a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica por crimes praticados no seu seio, quando não puderem ser imputados a nenhum indivíduo, e, simultaneamente, a responsabilidade penal principal em relação a um número limitado de crimes, muito relevantes na prática, tais como: criminalidade organizada, financiamento ao terrorismo e branqueamento de capitais.

Neste seguimento, também em Itália a responsabilização administrativa da pessoa coletiva é possível em alguns delitos contra a administração pública, como por exemplo: corrupção, delitos informáticos e falsidade de moeda.

¹⁷⁰ Entre outros, Luciana Lois, *A escolha legislativa na responsabilização penal das pessoas coletivas*, Participação, pessoas coletivas e responsabilidade, 11 estudos de direito penal e direito de mera ordenação social, coordenação de Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Almedina, julho, 2015, páginas 203 a 210.

Por seu turno, podemos ainda encontrar os ordenamentos jurídicos Dinamarquês e Norueguês, onde não se prevê a responsabilidade nos seus Códigos Penais, mas somente em legislação extravagante, sobretudo em crimes associados ao meio ambiente. O mesmo acontece em Moçambique, Angola, São Tomé e Príncipe e Brasil.

Podemos assim concluir que, em muitos ordenamentos jurídicos, ainda não se encontra prevista a responsabilidade penal direta da entidade jurídica, existindo em alguns deles, ainda, a título subsidiário.

Todavia, o facto de já se conseguir alcançar o estágio da responsabilização subsidiária, poder-se-á considerar um pequeno (grande) passo para efeitos da atribuição da responsabilidade criminal dos entes coletivos.

Tendemos a crer que, com o avanço e desenvolvimento da economia global, bem como com a proliferação dos crimes a estes associados, cada vez mais os diversos ordenamentos jurídicos sentirão necessidade de alterar as suas legislações e de prever a sua punição. Não nos referimos apenas a crimes económicos, como o financiamento de terrorismo e o branqueamento de capitais, mas também, e principalmente, a crimes ambientais.

CONCLUSÃO

“O fenómeno do controlo intersocietário, de que os grupos constituem a mais acabada das cristalizações organizacionais, veio naturalmente pôr a nu uma crise no modelo legal clássico da sociedade comercial individual”¹⁷¹.

A nível societário, o direito das sociedades comerciais, que, só por si, consiste numa evolução face ao direito dos comerciantes individuais, tem vindo progressivamente a dar lugar ao direito dos grupos societários. A globalização e a proliferação de multinacionais de grande influência, a que se assiste desde o século XIX, não permitem que mais se ignore esta realidade. Os grupos de sociedades podem, conseguem e não desistem de dominar e de influir na realidade social que hoje conhecemos.

A par desta realidade incontornável, não pode mais o ordenamento jurídico, sobretudo ao nível do direito penal das pessoas coletivas, ignorar esta situação. A verdade é que todos estes *impérios*, estes grupos societários que, até então, e de ora em diante, persistem em desenvolver-se descontroladamente, não medem os meios para atingir os seus fins. Certo é que todos nós gostaríamos de ter um *império*. E é aqui que o direito, considerado no seu todo, não pode deixar de atuar, impondo os limites necessários para a salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos. Afinal, a liberdade de cada um termina quando começa a do próximo.

Após uma análise aos critérios de imputação de responsabilidade aos dirigentes de sociedades nos diversos ramos do direito, conseguimos depreender que, em alguns deles, esta realidade torna-se uma preocupação frequente. O exemplo paradigmático disso mesmo encontra-se no direito europeu da concorrência, onde a responsabilização da sociedade-mãe do grupo societário por factos imputados a sociedades suas subordinadas é já uma realidade¹⁷².

Por seu turno, nesta realidade factual, e sem prejuízo das mais modalidades previstas no nosso Código das Sociedades Comerciais, conseguimos descortinar que os

¹⁷¹ Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades, estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, cit., página 123.

¹⁷² Ainda que com base num modelo objetivo de imputação de responsabilidade à sociedade-mãe, diferente do nosso modelo de atribuição de responsabilidade pessoal a sociedades em relação de grupo, veja-se o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (terceira secção), no âmbito do processo C-97/08 P, disponível em: <http://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62008CJ0097&from=PT>, e ainda Teresa Bravo, *A responsabilidade das sociedades-mãe e das filhas*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 23, n.º 4, outubro-dezembro, 2013, página 613 e seguintes.

grupos societários que mais florescem, reclamando assim uma maior intervenção por parte do direito penal, reconduzem-se às hipóteses de coligação societária sob a forma de relação de domínio e de grupo. E dentro destas há sempre uma figura principal, a sociedade-mãe, sendo esta quem impera sobre toda a estrutura e sobre as sociedades suas subordinadas, seja por via de uma integração totalmente vertical (constituindo-se assim um grupo de direito), seja por intermédio da efetivação de uma influência determinante e acérrima nas suas estruturas e substratos humanos e organizacionais (consubstanciando-se, deste modo, num grupo de facto).

A sociedade-mãe é, para nós, em algumas das situações que vimos, o verdadeiro centro de imputação de responsabilidade, dotado de uma personalização e autonomização próprias, distintas e dissimilares dos seus dirigentes ou detentores do capital social, capaz de dialogar socialmente e de agir *per se*. Ao passo que, as sociedades que domina são isso mesmo: sociedades-dominadas. São *vias úteis* que, para que a sociedade-dominante possa continuar o seu caminho, prosseguem sem mais o interesse do *império*, e, muitas das vezes, o interesse da própria sociedade-mãe.

E é aqui, perante a utilização pela sociedade-mãe da sociedade-filha para a prática de factos típicos e ilícitos, que devemos intervir. É aquela a organização que determina a realização do facto típico e ilícito, os seus moldes e trâmites de execução, que domina a organização para a sua comissão, tendo como alternativa a possibilidade de não o praticar. É aquela que utiliza o veículo que domina para a prática desses mesmos ilícitos, tencionando assim obviar à sua própria responsabilização criminal. E é aquela que, por meio dos seus líderes de facto, encabeçados como dirigentes de direito das sociedades suas subordinadas, leva a cabo a prática de ilícitos criminais para a obtenção do proveito económico do grupo e, na maioria das vezes, para seu próprio proveito económico.

Por conseguinte, entendemos que, perante a verificação dos dois elementos previamente necessários, ou seja, o grupo societário em causa consubstanciar-se num *império da estrutura* e a sociedade-filha não passar de uma *via útil* para a sociedade-mãe, são três os critérios fundamentais a ter em conta para que, em cada caso concreto, o julgador possa considerar a sociedade-dominante como o centro de imputação, e, por isso mesmo, penalmente responsável pela prática do facto típico e ilícito que ora se imputa à sociedade-dominada:

- (a) Levantamento parcial do véu corporativo da sociedade-filha/dominada;

- (b) Consequente consideração dos representantes legais da sociedade-filha/dominada, os seus dirigentes de direito, como líderes de facto da sociedade-mãe/dominante; e,
- (c) Violação da confiança no *império* detida pela sociedade-filha.

Por fim, se bem julgamos, com a observância destes critérios, alcança-se dar cumprimento ao princípio constitucional da responsabilidade pessoal pela prática do facto e ao princípio constitucional da culpa pelo próprio facto, uma vez que o sujeito da sanção criminal coincide, *in fine*, com o sujeito que efetivamente cometeu o facto típico e ilícito: a sociedade-dominante, bem como entendemos que, só assim, se fará jus aos princípios da legalidade, da necessidade, da proporcionalidade e da justiça material, estruturantes do nosso Estado de direito democrático.

BIBLIOGRAFIA

BRAVO, TERESA

. *A responsabilidade das sociedades-mãe e das filhas*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 23, n.º 4, outubro-dezembro, 2013.

COSTA GONÇALVES, DIOGO

. *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais, dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada*, tese de doutoramento em ciências jurídicas, sob a orientação do Professor Doutor António Menezes Cordeiro, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Almedina, maio, 2015.

ENGRÁCIA ANTUNES, JOSÉ A.

. *Os Grupos de Sociedades, estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª edição revista e atualizada, Almedina, maio, 2002.

FÁTIMA RIBEIRO, MARIA DE

. *Desconsideração da personalidade jurídica e “descapitalização” de sociedade*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, coordenação de Bernardo Lobo Xavier e Pedro Romano Martinez, n.º 3-4, julho-dezembro, ano LII, XXV da 2.ª série, Almedina, 2011.

FIGUEIROA QUELHAS, FILIPA MARTA DE

. *O Advento da Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas no Direito Penal de Justiça à Luz da Reforma do Artigo 11.º do Código Penal Português: Contributo para uma Leitura Compreensiva dos Critérios de Imputação Jurídico-Penal*, relatório de estágio de mestrado em ciências jurídico-criminais, sob a orientação dos Professores Doutores Maria Fernanda Palma e João Curado Neves, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009.

GOMES DE ANDRADE, ANA RITA MARTIN BECERRA

. *Responsabilidade da Sociedade-Mãe pelas Dívidas da Sociedade-Filha, Estudo crítico do Artigo 501.º do CSC quando aplicável às sociedades em relação de domínio total*, Relatório do Curso de Mestrado da disciplina de Grupos de Sociedades, orientada pelos

Professores Doutores António Menezes Cordeiro e Manuel Carneiro da Frada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 15 de setembro de 2006.

LOIS, LUCIANA

. *A escolha legislativa na responsabilização penal das pessoas coletivas*, Participação, pessoas coletivas e responsabilidade, 11 estudos de direito penal e direito de mera ordenação social, coordenação de Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Almedina, julho, 2015.

MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO

. *A responsabilidade da sociedade com domínio total (501.º/1, do CSC) e o seu âmbito*, Revista de Direito das Sociedades, ano III, 2011, 1, Almedina;
. *Manual do Direito das Sociedades*, volume I, 2004;
. *O Levantamento da Personalidade Coletiva no direito civil e comercial*, Almedina, janeiro, 2000.

NASCIMENTO ALVES, NÚBIA

. *As exceções de punibilidade referidas no artigo 11.º do Código Penal português e o caso das entidades prestadoras de cuidados de saúde*, Participação, pessoas coletivas e responsabilidade, 11 estudos de direito penal e direito de mera ordenação social, coordenação de Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Almedina, julho, 2015.

OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ DE

. *Direito Comercial, Sociedades Comerciais, Parte Geral*, volume IV, Dislivro, 2000.

PAIS DE VASCONCELOS, PEDRO

. *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª edição, Almedina, 2008.

PEDRO MEIRELES, MÁRIO

. *A responsabilidade penal das pessoas coletivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Penal ditada pela lei 59/2007, de 4 de setembro: algumas notas*, Julgar, n.º 5, 2008.

PEREIRA DIAS, RUI

. *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, coordenação de Jorge M. Coutinho de Abreu, volume VII (artigos 481.º a 545.º), Almedina, setembro, 2014.

PERESTRELO DE OLIVEIRA, ANA

. *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, coordenação de António Menezes Cordeiro, 2.ª edição, Almedina, 2012;

. *Questões avulsas em torno dos artigos 501.º e 502.º do Código das Sociedades Comerciais*, Revista de Direito das Sociedades, ano IV, 2012, Almedina.

PERESTRELO DE OLIVEIRA, ANA E SOUSA FERRO, MIGUEL

. *The sins of the son: parent company liability for competition law infringements*, Revista de Concorrência e Regulação, ano I, n.º 3, julho-setembro, Almedina, 2010.

PINTO DE ALBUQUERQUE, PAULO

. *A responsabilidade criminal das pessoas coletivas ou equiparadas*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 66, volume II, setembro, 2006;

. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2010.

PINTO FURTADO, JORGE

. *Curso de Direito das Sociedades*, 5.ª edição, Coimbra, 2004.

QUINTELA DE BRITO, TERESA

. *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, dissertação de doutoramento em direito orientada pela Professora Doutora Maria Fernanda Palma, volume II, 2012;

. *Responsabilidade criminal de entes coletivos: algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 20, n.º 1, janeiro-março, 2010;

. *Responsabilidade penal em grupos de empresas: situações e critérios de atribuição de responsabilidade penal à filial e/ou à empresa mãe de um grupo*, Curso de Outono,

Direito Penal da Pessoa Coletiva, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 13 de outubro de 2014.

REIS BRAVO, JORGE DOS

. *Direito Penal de Entes Coletivos – Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Coletivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra Editora, 2008.

SOUSA MENDES, PAULO DE

. *Responsabilidade Criminal das Sociedades Comerciais*, Boletim da Faculdade de Direito de Bissau, setembro, 1993.

VASCONCELOS DE ASSUNÇÃO, FILIPA

. *A Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas – Em Especial a Problemática da Culpa*, tese de mestrado forense orientado para a investigação, sob a orientação do Professor Doutor Germano Marques da Silva, Faculdade de Direito, Escola de Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, junho, 2010.

VOGLER GUINÉ, ORLANDO

. *A responsabilização solidária nas relações de domínio qualificado - uma primeira noção sobre o seu critério e limites*, janeiro, 2006, disponível em www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=47773&ida=47778

. *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, coordenação de Jorge M. Coutinho de Abreu, volume VII (artigos 481.º a 545.º), Almedina, setembro, 2014.